Zur Neugestaltung der Parteiherrschaft im künftigen Zivilprozeß.

Abhandlung

zur

Erlangung der Würde eines Doktors der Rechte

der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität

zu Bonn

vorgelegt von

Helmut Schmidt

Assessor aus Braunschweig.

1938

Buchdruckerei Richard Mayr, Würzburg

Angenommen auf Bericht von Herrn Prof. Dr. Dölle.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsübersicht.

Seite:

Erster Teil: Umgrenzung des Begriffes Parteiherrschaft . . 1

I. Einleitung: Berechtigung, Zweck und Art der Untersuchung1 . . . . . .

II. Parteibetrieb, Verhandlungsgrundsatz und Dispositionsmaxime in ihrer Bedeutung für das Verhältnis der Parteien zum Gericht 3

1. Der Parteibetrieb 3

2. Der Verhandlungsgrundsatz 5

3. Die Dispositionsmaxime 10

III. Die Parteiherrschaft in ihrer weltanschaulichen und politischen Bedeutung 12

Zweiter Teil: Der Prozeß als Diener der Gemeinschaft . . 18

I. Vom Zweck des bisherigen Verfahrens . . . 18

II. Die Bedeutung der Gemeinschaft als Rechtsprinzip . 22

III. Der Prozeß und die Gemeinschaft 26

IV. Folgen der Neugestaltung des Verfahrenszwecks . 30

Dritter Teil: Verstärkung des richterlichen Prozeßleitungsamtes als Ausgleich zwischen Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime 36

I. Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime und ihre Unterschiede 36

II. Von der fördernden Einwirkung des Richters auf die Parteien bei der Ermittlung des Tatbestandes zur tätigen Mitwirkung 44

III. Das richterliche Frage- und Aufhellungsrecht in seiner neuen Bedeutung 55

IV. Zur Frage der Entscheidung über die Feststellungsbedürftigkeit des Tatbestandes durch die Parteien . 65

V. Verstärkung der richterlichen Mitwirkung bei der Feststellung des Tatbestandes 69

Vierter Teil: Die Dispositionsmaxime und ihre Vereinbarkeit mit dem Prozeßzweck 73

I. Materielle und prozeßuale Verfügungsbefugnis . . 73

II. Über den Beginn des Verfahrens und den Umfang der richterlichen Prüfung 74

III. Zur Beibehaltung der Anerkenntnis- und Verzichtsfolgen. — Die Klagezurücknahme 77

IV. Die Bedeutung der Streitschlichtung im Wege des Vergleichs 83

V. Schlußbetrachtung 92

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546406_0112

Literaturverzeichnis.

Amelunxen von, Freiwillige Gerichtsbarkeit und freiwillige Urteile (Anerkenntnisurteile). ZBlFG. Bd. 7 547 ff.

Baumbach Adolf, 25 Jahre Zivilprozeßordnung, DJZ. 1925, S. 630 ff.

— Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz. 13. Auflage.

Benkendorff, Die Folgen einer Verletzung der Wahrheitspflicht im Zivilprozeß. DRZ. 1934 S. 205 ff.

Bernhardt Wolfgang, Die Parteiherrschaft im Zivilprozeß. DGemein-Wirtsch.R. 1935, S. 70 ff.

— Die Wahrheitspflicht im Zivilprozeß. DJZ. 1936, Seite 1404 ff.

Birkmeyer Karl, Erneuerungsbewegung und Zivilprozeßreform. DJZ. 1933 S. 1239 ff.

— Neue bürgerliche Rechtspflege und neue Prozeßrechtswissenschaft. DRecht 1934 S. 473 ff.

Brodmann, Zur Lehre von der Beweislast. ArchZivPr. Bd. 98 S. 66 ff.

Buckeley A., Prozessieren oder Richten? Berlin 1933.

Bülow, Dispositives Civilprozeßrecht und die verbindliche Kraft der Rechtsordnung. ArchZivPr. Bd. 64 S. 1 ff.

— Das Geständnisrecht. Freiburg, Leipzig, Tübingen 1899.

— Die neue Prozeßrechtswissenschaft und das System des Zivilprozeßrechts ZZP. Bd. 27 S. 201 ff.

— Zivilprozessuale Fiktionen und Wahrheiten. ArchZiv.Pr. Bd. 62 S. 1 ff.

Canstein von, Gutachten am 22. deutschen Juristentag über die Frage: Ist die Eideszuschiebung im Zivilprozeß durch die Vermehrung der Parteien als Zeugen zu ersetzen? Bd. I S. 3 ff.

— Die Grundlagen des Beweisrechts ZZP. Bd. 2, S. 297 ff.

Crome Karl, System def deutschen bürgerlichen Rechts. I. Bd. 1900.

Danz, Grundsätze des ordentlichen Prozesses. Stuttgart 1806.

Degenkolb Heinrich, Beiträge zum Zivilprozeß. Leipzig 1905.

Deinhardt Richard, Lebendige Prozeßgestaltung. D.Recht 1934 S. 476 ff.

Eckhardt Karl August, Recht oder Pflicht? Deutsche Rechtswissenschaft 1936 S. 1 ff.

Endemann, Betrachtungen über einige Hauptgrundsätze des preußischen Entwurfs einer Zivilprozeßordnung. Ziv.Arch.Pr. Bd. 49 S. 1 ff.

Engelhardt, Die Stellung des Richters im neuen Zivilprozeß. D.Recht 1935, S. 586 ff.

Ennecerus Ludwig, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. Bd. Marburg 1928.

Entwurf einer Zivilprozeßordnung. Veröffentlicht durch das Reichsjustizministerium. Berlin 1931.

Fischer Walther, 50 Jahre deutsche Justiz, JW. 1929 S. 2553 ff.

— Sachverhalt und Rechtsnorm in der Deutschen Zivilrechtspflege. DJZ. 1936 S. 473 ff.

Flügge Ludwig, Substantiierung und Wahrheitspflicht. JW. 1934 S. 2123.

Förster-Kann, Die Zivilprozeßordnung I. Bd. 3. Aufl. Berlin 1913.

Frank Hans, Lebensrecht, nicht Formalrecht. D.Recht 1934, S. 231.

Goenner, Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses. I. und II. Bd. Erlangen 1804.

Hegler August, Beiträge zur Lehre vom prozessualen Anerkenntnis und Verzicht. Tübingen u. Leipzig 1903.

Heilfron-Pick, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts I. Bd. 2. Aufl. Berlin 1910.

Heim, Die Feststellungswirkung des Zivilurteils. München 1912.
Heinsheimer Karl, Vorverfahren vor einem Gerichtsmitglied im landgerichtlichen Prozeß. LZ. 1914 Sp. 49 ff.
Helle, Über den Prozeßvergleich. D.Justiz 1935, S. 935 ff.
Hellwig Konrad, System des deutschen Zivilprozeßrechts. Erster Teil Leipzig 1912.
— Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. I. u. II. Bd. Leipzig 1903 u. 1907.
Helm, Was ist am deutschen Zivilprozeß kapitalistisch, liberalistisch und demokratisch? D.Recht 1934 S. 229 ff.
Heusler, Die Grundlagen des Beweisrechts. ArchZivPr. Bd. 62, S. 209 ff.
Höhn Reinhard, Das subjektive öffentliche Recht und das individualistische Rechtssystem. Deutsche Rechtswissenschaft 1936 S. 49 ff.
— Die Wandlung im staatsrechtlichen Denken in „Der deutsche Staat der Gegenwart".
— Gemeinschaft als Rechtsprinzip. D.Recht 1934, S. 301 ff.
— Rechtsgemeinschaft und Volksgemeinschaft. Hamburg 1935.
— Staat als Rechtsbegriff. D.Recht 1934, S. 322 ff.
— Vom Wesen der Gemeinschaft. Berlin 1934.
Hubernagel, Die Neuordnung des Zivilprozesses. DJZ. 1936 S. 36 ff.
Jhering von, Rudolf, Der Kampf ums Recht. Wien 1925.
Jellinek Georg, System der „Subjektiven öffentlichen Recht". 2. Aufl. Tübingen 1919.
Kisch Wilhelm, Deutsches Zivilprozeßrecht. 4. Aufl. 1929.
— Die soziale Bedeutung des Zivilprozesses. Judizium I. S. 1 ff.
— Private und öffentliche Belange in der bürgerlichen Rechtspflege. D.Recht 1936, S. 8 ff.
— Reform des Zivilprozesses. DJZ. 1933 S. 197 ff.
— Wahrheitspflicht, Verhandlungsmaxime, Eventualmaxime. DJZ. 1936 S. 914 ff.
— Ziele und Wege einer Zivilprozeßreform. DJZ. 1935, S. 2 ff.
Klein Franz, Die schuldhafte Parteihandlung. Wien 1885.
Kleinfeller Georg, Prozeßherrschaft. ZZP. Bd. 53 S. 1 ff.
Koffka Else, Der Prozeßbetrug unter Berücksichtigung der neuen Zivilprozeßordnung. ZStW. 1935, S. 45 ff.
Lange Heinrich, Entscheidung und Ausgleich im bürgerlichen Recht. DJZ. 1934 Sp. 1297 ff.
Larenz Karl, Gemeinschaft und Rechtsstellung. Deutsche Rechtswissenschaft 1936, S. 31 ff.
Lehmann Heinrich, Die Rechtsnatur des Klaganerkenntnisses. Festgabe für Paul Krüger, S. 217 ff.
Lent, Wahrheitspflicht der Partei im Zivilprozeß. JW. 1933, S. 2674 ff.
— Zur Beibehaltung der Verhandlungsmaxime. ZAkDR. 1936 S. 20 ff.
Levin, Richterliche Prozeßleitung und Sitzungspolizei. Berlin 1913.
Lobe, Wie ist den hauptsächlichsten Klagen des Volkes über den Zivilprozeß abzuhelfen? Deutsche Richterzeitung 1913, S. 715.
Lorenz Kurt, Rechtsfolgen der Verletzung der Wahrheitspflicht im Zivilprozeß. JW. 1934, S. 875.
Mayer Otto, Deutsches Verwaltungsrecht I. Bd. 3. Aufl. 1934.
Menschell Wolfgang, Gutachten und Urteil in Praxis und Ausbildung. D.Rechtspfl. 1936, S. 311.
Mittermaier C. J. A., Der gemeine deutsche bürgerliche Prozeß. Bonn 1822.
Münzel, Die Neuordnung des Zivilprozesses. DJZ. 1936, S. 853 ff.
Neukamp, Gutachten für den 26. deutschen Juristentag über die Frage der Abgrenzung von Richterrecht und Parteibetrieb im Zivilprozeß. Bd. I. S. 125.

Neumann Georg, Kommentar zu den Zivilprozeßgesetzen. 4. Aufl. I. und II. Band. Wien 1927 und 1928.
Pagenstecher Max, Zur Lehre von der materiellen Rechtskraft. Berlin 1905.
— Bemerkungen über die Wahrheitspflicht im Zivilprozeß. ZAkDR. 1935, S. 973 ff.
Petschek, Eine gemeinsame Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich und Österreich. Bericht, erstattet bei der Tagung der Vereinigung deutscher Zivilprozeßrechtslehrer zu Wien am 28. X. 1928. Iudicium I S. 183.
Pitcaire, Rechtsstreit und Rechtsfrieden. DRZ. 1930 S. 57 ff.
Planck Julius Wilhelm, Lehrbuch des deutschen Zivilprozesses. I. Bd. Nördlingen 1887.
Pollack Rudolf, Gerichtliches Geständnis im Zivilprozeß. Berlin 1893.
Puchta W. H., Das Prozeßleitungsamt des deutschen Zivilrichters. Gießen 1836.
— Über die Grenzen des Richteramts in bürgerlichen Rechtssachen. Nürnberg 1819.
Raabe-Barnstedt, Vorschläge zur Justizreform. D.Recht 1933, S. 212 ff.
Ratz Paul, Grundsätze eines neuen Zivilprozesses. Arch.Ziv.Pr. Bd. 141 S. 1 ff.
Reichert, Verhandlungen des 31. deutschen Juristentages. Deutsche Richterzeitung 1913, S. 733 ff.
Rostosky Friedrich, Recht und Rechtsgang als Erlebnis. Deutsche Rechtswissenschaft 1936, S. 131 ff.
Rumpf Max, Richter und Volksgemeinschaft. DJZ. 1934, S. 377 ff.
Schiffer, Die politischen Elemente im Entwurf einer Zivilprozeßordnung. DJZ. 1933, S. 646 ff.
Schima H., Die Vertretung des Staates vor den bürgerlichen Gerichten. Iudicium II. S. 264 ff.
Schoan Hans, Die Neugestaltung der Verhandlungsform im Zivilprozeß. JRsch. 1935, S. 137 ff.
Schönke Adolf, Grundsätze des Zivilprozesses in rechtsvergleichender Betrachtung. ZAkDR. 1936, S. 441.
Schmidt Richard, Die Lüge im Prozeß. DJZ. 1909, S. 41 ff.
— Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Leipzig 1910.
— Prozeßrechtswissenschaft und Prozeßgesetzgebung. ZZP. Bd. 49, S. 1 ff.
Schneider Herbert, Drei Jahre nationalsozialistische Rechtspflege. D.Recht 1936, S. 117 ff.
Schneider K., Über richterliche Ermittlung und Feststellung des Sachverhalts im Zivilprozeß. Leipzig 1888 (2).
Schneider Herbert, Zur Neugestaltung des Verfahrensrechts. Deutsche Rechtswissenschaft. 1936, S. 157 ff. (1).
Schultzenstein Max, Die Untersuchungs- und die Verhandlungsmaxime in Vergleichung nach den einzelnen Prozeßarten. ZZP. Bd. 43 S. 301 ff.
Schwabe Helmut, Kammerprinzip und Wahrheitspflicht im neuen Zivilprozeß. JW. 1934, S. 3174 ff.
Seuffert-Walsmann, Kommentar zur Zivilprozeßordnung Bd. I 12 Aufl. München 1932.
Seydel Helmut, Gedanken zur Neugestaltung des Zivilprozesses. D.Recht 1935, S. 504 ff.
Siebert Wolfgang, Die Volksgemeinschaft im bürgerlichen Recht. Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung 1935, S. 935 ff.
— Gemeinschaft und bürgerliches Recht. D.Recht 1934, S. 303 ff.
— Subjektives Recht, konkrete Berechtigung, Pflichtenordnung. Deutsche Rechtswissenschaft 1936, S. 23 ff.
Siller, Vom Vergleichen und Schlichten. DRZ. 1930, S. 59 ff.

Sonnen Theodor, Zur Reform des Zivilprozeßrechts in der Festgabe für Soldau, S. 69 ff. Berlin 1933.
Springer Ernst, Reform des Zivilprozesses. Berlin 1911.
Staud Eberhard, Die Umgestaltung des Erkenntnisverfahrens. D.Recht 1935, S. 570 ff.
— Neues Zivilprozeßrecht D Justiz 1933 S. 602 ff.
Stein Friedrich, Das private Wissen des Richters. Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse. Leipzig 1893.
— Die Reform des Zivilprozesses in „Der Zivilprozeß", vier Vorträge. Mannheim, Berlin, Leipzig 1922.
Stein-Jonas Kommentar zur Zivilprozeßordnung, I. Bd. 15. Aufl. 1934.
Stoll Heinrich, Gemeinschaftsgedanke und Schuldvertrag. DJZ. 1936, S. 414 ff.
Stölzel Adolf, Schulung für die zivilistische Praxis. I. Teil, 8. Aufl. Berlin 1909.
Sydow, Busch, Krantz, Zivilprozeßordnung und Gerichtsverfassungsgesetz. 20. Aufl. Berlin 1930.
Titze Heinrich, Die Wahrheitspflicht im Zivilprozeß. Festschrift für Heinz Schlegelberger.
von Tuhr, Andreas, Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, I. Bd. Leipzig 1910.
Vierhaus, Verhandlungen des 31. Juristentages 1913. 3. Bd. S. 856 ff.
Volkmar, Das neue Zivilprozeßgesetz vom 27. Oktober 1933. JW. S. 2427.
— Die Neugestaltung des Zivilprozeßrechts im Geiste nationalsozialistischer Rechtsauffassung. Nationalsozialistisches Handbuch für Recht und Gesetzgebung, 2. Aufl. 1935.
— Grundprobleme der Zivilprozeßform. Iudicium II S. 223 ff.
— Referat über das Erkenntnisverfahren im Entwurf der Zivilprozeßordnung, erstattet auf der Tagung der Vereinigung deutscher Zivilprozeßrechtslehrer. Iudicium IV, S. 251 ff.
Wach Adolf, Defensionspflicht und Klagrecht. GrünhZ. Bd. 6 S. 515 ff.
— Grundfragen und Reform des Zivilprozesses. Berlin 1914.
— Handbuch des deutschen Zivilprozeßrechts I. Bd. Leipzig 1885.
— Vorträge über die Reichszivilprozeßordnung. Bonn 1879.
Walsmann Hans, Der Irrtum im Prozeßrecht. ArchZivPr. Bd. 102, S. 1 ff.
— Prozeßzweck und Verfahren im Zivilprozeß. RheinZZ. Bd. XII, S. 414 ff.
Weißler, Amtsprüfung oder Verhandlungsmaxime? Auch ein Beitrag zur Justizreform. DRZ. 1928, S. 484 ff.
Welzel Hans, Die Wahrheitspflicht im Zivilprozeß. Berlin und Leipzig 1935.
Wesselsky Anton, Die formelle Wahrheit. Wien 1900.
Wildhagen, Verhandlungen des 31. deutschen Juristentages. 3. Bd. S. 825.
Wittich Werner, Volk als Rechtsbegriff, D.Recht 1934, S. 325 ff.
Zink E., Über die Ermittlung des Sachverhalts im französischen Zivilprozeß. München 1860.

„Wir wissen, daß eine gute Zivilrechtspflege doch auch ein, wenn auch bescheidener Beitrag ist zu dem großen Werke, dem wir alle zu leben haben: Der Wiederaufrichtung unseres Vaterlandes."

Stein, Reform S. 92.

Erster Teil:

Umgrenzung des Begriffes „Parteiherrschaft".

I. Einleitung: Berechtigung, Zweck und Art der Untersuchung.

Es ist nicht nur eine Erscheinung der letzten Jahrzehnte, daß in Wissenschaft und Praxis mit gewichtigen Gründen die Forderung nach einer Prozeßreform geltend gemacht wurde. Schon vordem glaubte man, sich mit den bestehenden Einrichtungen auf dem Gebiete des Prozeßrechts nicht begnügen zu können und suchte häufiger als auf anderen Rechtsgebieten den Stand der Rechtspflege zu verbessern. Wenn es dabei nicht gelungen ist, ein Prozeßgesetz auf wirklich nationaler Grundlage zu schaffen, wenn die verheißungsvollen Ansätze einer deutschrechtlichen Entwicklung in der Preußischen Allgemeinen Gerichtsordnung von 1793 bald wieder von gemeinrechtlichen und französischen Einflüssen verdrängt wurden, so ist nicht zuletzt die allgemeine Geisteshaltung des vorigen Jahrhunderts hierfür verantwortlich zu machen. Nachdem nunmehr die weltanschaulichen Voraussetzungen geschaffen sind, ist es eine um so dringendere Aufgabe, bei der Neugestaltung der Zivilrechtspflege eine dem deutschen Wesen gemäße Form anzustreben und mit den aus dem liberalen Zeitalter stammenden Einrichtungen auch solche fremdländischer Art zu überwinden.

Es bedarf hierbei keines besonderen Beweises, daß ein Prozeßgesetz nicht nur eine Summe technisch-formaler Regeln enthält und in der Hand des Richters ein Werkzeug bildet, das unbeeindruckt ist von den sozialen, wirtschaftlichen, ethischen und vor allem politisch-weltanschaulichen Kräften der Zeit. Mögen vielleicht mehr als auf anderen Rechtsgebieten Fragen formeller Art, die sich nur nach Gründen der Zweckmäßigkeit gestalten lassen, eine Rolle spielen, so wird doch insbesondere die Reihe der grundlegenden Probleme immer von den allgemeinen politischen und geistigen Strömungen der Zeit maßgebend beeinflußt werden[1]). In ganz beson-

1) In diesem Sinne auch Kisch D.J.Z. a. a. O. S. 197; Blomeyer a. a. O. S. 473; Schiffer a. a. O. S. 646; Volkmar, Handbuch a. a. O. S. 1496 u.a.m.

derem Maße ist die Frage nach der Abgrenzung der Richter- von der Parteimacht nicht in erster Linie nach technisch-theoretischen Gesichtspunkten zu lösen, sondern abhängig von der weltanschaulichen Grundhaltung eines Volkes. Das Zeitalter der Z.P.O. von 1877 und die heutige Zeit stehen sich wie zwei einander feindliche Welten gegenüber und lassen sich durch Brücken nicht miteinander verbinden. So erhebt sich auf dem Gebiet der bürgerlichen Rechtspflege im Zuge der allgemeinen Rechtserneuerung die Notwendigkeit, die Folgerungen aus der veränderten Geisteshaltung für das künftige Prozeßrecht zu ziehen.

Die Schwierigkeit einer solchen Aufgabe kann nicht verkannt werden. Gewiß bestimmt die weltanschaulich-politische Grundeinstellung die Richtung und den Geist eines Prozeßgesetzes. Form und Inhalt wird daneben aber noch von mancherlei anderen Erwägungen bestimmt sein müssen. Fragen der wirtschaftlichen Zweckmäßigkeit und der praktischen Durchführbarkeit, psychologische Momente und soziale Interessen verlangen gebieterisch ihre Berücksichtigung.

Eine solche Aufgabe ist nicht von heute auf morgen zu lösen, sondern bedarf eingehender Vorarbeit, die zunächst in der Klärung einer Reihe von Grundfragen ihren Anfang zu nehmen hat. Und diese Vorarbeit zu leisten, ist vor allem die Wissenschaft berufen, die ihre Berücksichtigung in demselben Maße verlangen kann wie die praktische Erfahrung[2]), und die den Vorwurf[3]), der Prozeß sei ein Zweckgebilde, nicht Tummelplatz für lebensfremde Klügeleien der taube Nüsse knackenden Prozeßgelehrten, als nicht berechtigt empfindet. So mag auch diese Arbeit als ein bescheidener Beitrag zu der Neugestaltung des Verfahrensrechts als eines Teils der neuen deutschen Lebensordnung unter Berücksichtigung des in solchem Rahmen[4]) Möglichen gewertet werden.

Dabei kann es nicht die Aufgabe der Arbeit sein, die auf Grund der Untersuchung gewonnenen Ergebnisse in einen gesetzesmäßigen Vorschlag einzukleiden. Mag es auch eine Schwäche der Reformschriften bedeuten, nur eine skizzenhafte Formulierung der Vorschläge zu liefern[5]), so steht m. E. die Reformarbeit noch zu sehr in den Anfängen, als daß mit positiven Gesetzesvorschlä-

2) Stein, Reform S. 91.

3) So Deinhardt a. a. O. S. 478.

4) In diesem Zusammenhang mag die Behauptung von Höhn, Rechtsgemeinschaft a. a. O. S. 10, Anm. 2, daß die Dissertationen weiterhin die Verkünder der überwundenen rechtlichen Welt sind, Erwähnung finden, ein Vorwurf, den der Verfasser für seine Person zu widerlegen hofft.

5) Vgl. Volkmar Iud. a. a. O. S. 223.

6) Vgl. hierzu Seydel a. a. O. S. 504: „Eine Besinnung auf die Grundlinien eines neuen Verfahrensrechts ist bisher noch kaum erfolgt."

gen der Entwicklung zu einem neuen Prozeßrecht gedient werden könnte[6]). Ferner darf noch auf eins hingewiesen werden: Die Möglichkeiten der Ausgestaltung einer Prozeßordnung sind keineswegs unbegrenzt und finden in dem Zweck des Verfahrens ihre natürlichen Schranken. Wie allgemein in der Wissenschaft kann deshalb besonders auf diesem Gebiete der Eindruck entstehen, daß die anscheinend neu gefundenen Ergebnisse in Wirklichkeit schon an anderer Stelle und zu anderen Zeiten längst durchdacht sind und mehr oder weniger nur eine Wiederholung bedeuten. Dem kann mit Stein[7]) nur entgegengehalten werden, daß die Entwicklung sich nur scheinbar im Kreise herumdreht, in Wirklichkeit aber dadurch spiralenförmig nach oben drängt, daß sie bei jedem Rückgriff auf Vergangenes die in der Zwischenzeit gewonnenen Erfahrungen verwertet und so in geläuterter Form ihren Weg weiter verfolgt. Das möge auch für die vorliegende Schrift Berücksichtigung finden.

II. Parteibetrieb, Verhandlungsgrundsatz und Dispositionsmaxime in ihrer Bedeutung für das Verhältnis der Parteien zum Gericht.

1. Der Parteibetrieb.

Das Ingangsetzen und das Inganghalten des Prozesses in seiner äußeren Form faßt man gemeinhin unter dem Ausdruck „Prozeßbetrieb" zusammen und versteht hierunter die Tätigkeit, die jeweils zur Fortentwicklung des Verfahrens erforderlich ist. So fällt darunter vornehmlich die Anberaumung von Terminen, die Ladung zu solchen und das Zustellungswesen. Je nachdem, ob diese Aufgaben mehr in den Händen des Gerichts oder der Parteien liegen, spricht man von einem Amts- bezw. einem Parteibetrieb. Im österreichischen wie früher auch im gemeinen Prozeß herrscht der Amtsbetrieb vor, während die Z.P.O. von 1877 zur Form des Parteibetriebes hinneigt, ohne diesen Grundsatz allgemein durchzuführen. Man spricht deshalb hier von einem gemischten System. Der Grund solcher Regelung ist nicht nur in der Beeinflussung durch französische Anschauungen zu finden, wonach die Reinerhaltung des Richteramtes von aller anderen als der Urteilstätigkeit erstrebenswert erschien. Der Unterschied zwischen beiden Systemen liegt darin, daß einmal das Gericht und zum andern die Parteien die Verantwortung für die Beschleunigung und damit für die Dauer des Prozesses übernehmen. Und so glaubte man aus echt individualistischer und liberaler Einstellung heraus, daß das gegensätzliche Interesse der Parteien schon für eine genügende Beschleunigung des Verfahrens sorgen würde. Außerdem sah man auch keinen Anlaß, in die vermeintlichen Rechte der Staatsbürger stärker einzu-

7) Stein, Reform S. 46 ff.

greifen als unbedingt notwendig war, um den Eindruck einer staatlichen Bevormundung als eines der schlimmsten Übel gegenüber der persönlichen Freiheit des einzelnen zu vermeiden. Die natürliche Folge solcher Regelung war eine Prozeßverschleppung, die den Wert der gesamten Rechtspflege in Frage stellte. So kam es, daß man die Z.P.O. bald nach ihrer Entstehung für verbesserungsbedürftig hielt[8]), und ein Mann wie Bähr nicht zuletzt aus diesen Gründen glaubte, der Rechtsprechung bei solchen Zuständen im Laufe eines Menschenalters durch die Verlotterung des Prozesses einen tiefen Niedergang prophezeien zu müssen[9]).

Man entschloß sich deshalb, im Wege der Novellengesetzgebung dem Übel der Prozeßverschleppung durch Eindämmung des Parteibetriebes zu steuern. So wurde durch die Novelle vom 1. Juni 1909 zunächst für das amtsgerichtliche Verfahren neben der Verstärkung der richterlichen Prozeßleitung der Amtsbetrieb eingeführt. In besonders hohem Maße schränkte die Novelle vom 13. II. 1924 die Parteiherrschaft ein, als sie nämlich die Möglichkeit der Parteien, im Wege der Vereinbarung Termine aufzuheben und zu verlegen, Fristen zu verlängern und das Ruhen des Verfahrens herbeizuführen, beseitigte und diese Maßnahmen von dem Entscheid des Gerichts abhängig machte. Die grundlegende Bedeutung dieser Novelle in ihrer Tendenz zur Abkehr von der liberalen Staatsidee ist nicht zu verkennen. Sie hätte sich schon wegen ihrer übrigen Neuerungen um vieles erfolgreicher auswirken müssen, wenn man gleichzeitig die Möglichkeit gehabt hätte, die beteiligten noch zu sehr in der Idee des Liberalismus wurzelnden Personen im Verordnungswege umzuformen. Heute ist kaum noch ein einheitliches Prinzip in der Verteilung des Prozeßbetriebes zu erkennen. In verschiedenem Umfange herrscht, je nachdem ob das Verfahren vor dem Amtsgericht oder Landgericht anhängig ist, dort mehr der Amtsbetrieb, hier mehr der Parteibetrieb. Es erübrigt sich an dieser Stelle, im einzelnen darzulegen wann ein Termin auf Antrag der Partei, wann von Amts wegen anberaumt wird, wann die Ladung zum Termin durch die Partei oder durch das Gericht erfolgt und schließlich, in welchen Fällen die Zustellung von der Partei oder vom Gericht veranlaßt wird. Man kann sich mit der Feststellung begnügen, daß diese Vorschriften weniger mit dem inneren Wesen des Prozesses in Zusammenhang stehen und als Ausfluß des Gedankens der „Parteiherrschaft" zu gelten haben, als vielmehr im wesentlichen von Zweckmäßigkeitserwägungen bestimmt werden[10]).

---

8) vgl. Wach, Reform S. 2.
9) Jherings Jahrbücher 1885 S. 432.
10) vgl. Entwurf S. 278.

Die vorliegende Untersuchung beschränkt sich jedoch darauf, grundsätzliche Fragen, die infolge der gewandelten Staatsauffassung eine Neuordnung geboten erscheinen lassen, zu behandeln. Es kann deshalb in diesem Rahmen dahin gestellt bleiben, ob der Parteibetrieb in Zukunft noch weiter einzuschränken ist.

2. Der Verhandlungsgrundsatz.

Der Begriff wurde in dieser Form zuerst von Goenner geprägt[11]) und fand dann Eingang in die gesamte Prozeßwissenschaft, wo er sich bis heute, wenn auch nicht mehr in seiner reinsten Form erhalten hat. Verhandlungsmaxime deshalb, weil „alles von dem Vorbringen der Parteien oder von ihren Verhandlungen abhängt." Goenner erkennt als oberstes Prinzip jedes richterlichen Urteils die Notwendigkeit an, daß der Richter von der Wahrheit der Merkmale eines Faktums überzeugt sein müsse[12]), und sah zur Erreichung dieses Zieles zwei Möglichkeiten, die er unter die Begriffe Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime faßte. Die eine ging von der Verfügungsgewalt der Parteien aus und läßt deshalb den Richter bei jeder seiner Handlungen von dem Vorbringen der Parteien abhängig werden; die andere bekennt sich zu dem Grundsatz, daß der Richter, wenn seine Hilfe einmal angerufen ist, auch von Amts wegen befugt sein soll, sich aller geeigneten Mittel zu bedienen, um die Wahrheit festzustellen. Goenner erklärt beide Wege für durchaus gangbar und stellt ausdrücklich fest, daß es ein Irrtum sei, nur den ersten Weg für möglich und mit der Ordnung eines gerichtlichen Verfahrens vereinbar zu halten. Auch schließt nach Goenner kein Grundsatz den anderen aus, da jede von beiden Maximen „auf hinreichenden Gründen" beruhen soll. Bereitwilligst übernahm man in der Folgezeit die Verhandlungsmaxime als Grundprinzip des Prozesses. Man glaubte aber, vergessen zu müssen, daß neben dem Verhandlungsgrundsatz noch eine andere Möglichkeit vorhanden und daß auch die erstere dazu ausersehen war, der Erforschung der Wahrheit auf ihre Weise zu dienen. So erkannte man schließlich die Verhandlungsmaxime als einzig mögliche Grundlage und als allein mit dem Wesen des Prozesses vereinbar an und hielt die Feststellung der Wahrheit nicht für das Ziel des Zivilprozesses sondern für sein „zufälliges" Resultat[13]). Heute bestreitet man nicht, daß die Verhandlungsmaxime nicht mehr mit unbedingter Notwendigkeit aus der Eigenart des Zivilprozesses

11) vgl. Goenner a. a. O. S. 182 ff. auch für die folgenden ihm entnommenen Zitate.

12) vgl. a. a. O. S. 175.

13) So Wach, Vorträge 1879 S. 149. Allerdings Vorträge 1896 S. 199: „Die (Feststellung der Wahrheit) ... ist sein gewünschtes aber nicht verbürgtes Resultat."

folgt, sondern erklärt, daß sie das Ergebnis gesetzgeberischer Zweckmäßigkeitserwägungen sei und rechtfertigt sie damit daß die wesentliche Aufgabe des Prozesses in dem Schutz privater Interessen bestehe und die Allgemeinheit an dem Ausgang des Verfahrens nicht interessiert sei[14]). Es sei deshalb nach wie vor am zweckmäßigsten, die Parteien in ihrer Stellung als Herren über den Streitstoff zu belassen. Im einzelnen sind aus der Maxime Folgerungen in dreifacher Hinsicht für das Verfahren zu ziehen: Die Parteien führen allein den Streitstoff in die Verhandlung ein, entscheiden über seine Feststellungsbedürftigkeit und betreiben schließlich seine Feststellung.

Den Parteien fällt also zunächst die Aufgabe zu, alle diejenigen tatsächlichen Behauptungen dem Gericht zu unterbreiten, die sie für die Entscheidung des Rechtsstreits berücksichtigt wissen wollen. Das von ihnen Vorgetragene bildet abschließend die Urteilsgrundlage. Somit ist das Gericht von sich aus nicht befugt, den Streitstoff zu ergänzen und zu vermehren, sondern ist an die Vorträge der Parteien gebunden. Gleichgültig ist es allerdings, von welcher Partei der Vortrag ausgeht, die Behauptungs- und Beweislast spielt dabei keine Rolle. Aus der Gebundenheit des Gerichts an den Parteivortrag ergibt sicht, daß zwar vorgebrachte, aber im Laufe der Verhandlung wieder zurückgenommene oder anläßlich einer Beweisaufnahme sich ergebende Tatsachen, auf die sich keine Partei ausdrücklich beruft, nicht dem Urteil zu Grunde gelegt werden dürfen[15]). Daß im letzteren Falle der Richter von der Fragepflicht Gebrauch machen und bei einer Weigerung der Partei, dementsprechende Behauptungen aufzustellen, zu dem Mittel der freien Beweiswürdigung greifen wird, vermag an der Tatsache als solcher nichts zu ändern. Weiterhin ist es z. B. unzulässig, dort, wo die Parteien beiderseits eine vertragliche Bindung als gegeben erachten und nur über ihren Umfang streiten, eine vertragliche Bindung überhaupt zu negieren; denn den Willenserklärungen der Parteien darf keine Deutung beigelegt werden, die zu ihrer übereinstimmenden Auffassung in Widerspruch steht[16]). Ebenfalls ist es untersagt, eine Tatsache als gegeben anzusehen, die nach dem Einverständnis der Parteien als unwahr behandelt werden soll[17]). Niemand wird leugnen können, daß mit einer derartigen Regelung den Parteien eine Herrschaftsstellung hinsichtlich der Gestaltung des Tatbestandes eingeräumt ist. Das wird umso deutlicher, wenn man in diesem Zusammenhang noch erwähnt, daß selbst offenkundige Tatsachen vorgetragen werden müssen, soweit sie rechtserzeugenden Charak-

14) vgl. Stein-Jonas Vor § 128 Ziff. II. 2.
15) Vgl. R.G. Nr. 61/1901 VII in J.W. 01 S. 398 Ziff. 10.
16) R.G. 3. III. 25. J.W. S. 765. Vgl. Stein-Jonas Vor § 128 Ziff. II. 2.
17) R.G. 29, I. 13. J.W. 385 Nr. 21.

ters und nicht nur ein Indiz für schon behauptete Tatsachen oder Hilfstatsachen der Beweiswürdigung sind[18]). So hat z. B. das R.G. ein Urteil aufgehoben, weil das Gericht aus den herbeigezogenen Vorprozeßakten eine darin enthaltene, unbestrittene Tatsache als offenkundig und somit als bewiesen erachtet hatte, obgleich beide Parteien sich im schwebenden Verfahren nicht darauf bezogen hatten[19]). Auf diese Weise wurde die Feststellung der Wahrheit einem Grundsatze geopfert.

Wenn von mancher Seite[20]) das Verbot für den Richter, seine außergerichtliche Kenntnis von nicht vorgetragenen Tatsachen zu verwerten, ebenfalls als Ausfluß der Verhandlungsmaxime aufgefaßt wird, so kann dem nicht beigetreten werden; denn hier handelt es sich in erster Linie darum, ob der Richter durch Zilfenahme privaten Wissens nicht in die Stellung eines Zeugen gedrängt wird, die mit dem Richteramt sich nicht vereinigen läßt[21]). Eine Erörterung dieser Frage hat deshalb für die Untersuchung auszuscheiden.

Auch in der Frage der Feststellungsbedürftigkeit der vorgetragenen Behauptungen ist dem Parteiverhalten eine bestimmte Wirkung eingeräumt worden. Das Gericht hat in eine Prüfung der vorgetragenen Tatsachen nur dann einzutreten, wenn diese vom Gegner entweder ausdrücklich oder durch schlüssiges Verhalten (§ 138 Abs. III) bestritten werden. Sobald eine Tatsache zugestanden (§ 288) oder auch nur nicht bestritten wird (§ 138 Abs. III; § 439 Abs. II), ist das Gericht jeder Wahrheitsprüfung enthoben. Sind die Parteien über die Wahrheit oder Unwahrheit einer Tatsache einig, so hat das Gericht eben ohne Beweis und ohne Wahrheitsprüfung diese Tatsache dem Urteil zu Grunde zu legen. Es ist deshalb möglich, daß das Gericht von einem Tatbestand ausgeht, der dem wahren Sachverhalt nicht entspricht. Diese Folge wird bewußt vom Gesetzgeber in Kauf genommen, um auf der anderen Seite eine im Interesse der Rechtspflege liegende Prozeßverkürzung zu erreichen. Es ist deshalb berechtigt, von dem Bestehen einer „Parteiherrschaft" auch auf diesem Gebiet zu sprechen.

Schließlich soll es auch Sache der Parteien sein, die Feststellung des Sachverhalts im Wege der Beweisantretung zu betreiben. (§ 282 und § 359 Ziff. III). Ihnen bleibt es in den Fällen der §§ 371, 373, 402, 420, 428, 432, 451 überlassen, die Beweismittel zu benennen,

---

18) vgl. Stein Pr.W. S. 164/5 mit näherer Literaturangabe. Zur Begründung wird angeführt, daß es der Partei freistehen muß, die ihr günstigere Wirkung der offenkundigen Tatsache in Anspruch zu nehmen oder darauf zu verzichten. Vgl. Weiterhin Baumbach Gr. § 128 3 B: „Sogar offenkundige Tatsachen müssen vorgetragen sein. Allg.M."

19) vgl. S.A. Bd. 54 S. 465/6.

20) Heusler a. a. O. S. 270; Schneider a. a. O. S. 115.

um dadurch die Aufnahme der Beweise durch das Gericht zu veranlassen. Dieses ist in solchen Fällen nicht verpflichtet, von sich aus eine Tätigkeit in Richtung der Wahrheitsermittlung zu entfalten und über die besonders festgelegten Grenzen hinaus Beweisaufnahmen anzuordnen. So darf z. B. keine Zeugenladung ohne entsprechenden Parteiantrag erfolgen, selbst wenn die Namen der Zeugen durch die Parteien oder aus Angaben bereits vernommener Zeugen bekannt geworden sind. Auch hierin liegt ohne Zweifel eine Beschränkung derRichtermacht zugunsten der Parteien; denn wenn man auch beim Zeugenbeweis davon ausgehen mag, daß die Parteien selbst am besten über dasVorhandensein solcher Beweismittel unterrichtet sind und deshalb die Parteiinitiative maßgebend sein muß, so lag doch noch kein Grund vor, den Richter in dieser Weise an die Vorschläge der Parteien zu binden. Das läßt sich nur damit erklären, daß der Gesetzgeber glaubte, die Rechte der Parteien zu beschränken, wenn er Beweisaufnahmen zuließ, die aus besonderen Gründen der Partei nicht genehm waren.

Die Ausnahmen von dem Prinzip der Verhandlungsmaxime sind zahlreich, da gerade auf dem Gebiet der Rechtspflege, wo dauernd das Bild des Prozesses wechselt, und deshalb neue Entschlüsse notwendig werden, ein bestimmter Grundsatz sich nicht bis zur letzten Konsequenz durchführen läßt. Es ist für die Behandlung der Aufgabe nicht notwendig, auf diese Ausnahmen im einzelnen einzugehen, da sie mit der grundsätzlichen Frage nach der Beibehaltung oder Aufhebung der Verhandlungsmaxime nicht in unmittelbarem Zusammenhang stehen. Nur der Vollständigkeit halber seien hier erwähnt die Verfahrensarten des sechsten Buches der Z.P.O., in denen mehr oder minder stark die Untersuchungsmaxime zur Geltung kommt, ferner die in den §§ 45, 47, 102 H.G.B. und den §§ 142 I, 143, 272 b II Ziff. 1 und 2 vorgesehenen Möglichkeiten, die neben der Befugnis, von Amts wegen Augenscheinseinnahme und Sachverständigenbeweis anzuordnen, eine Ausnahme von dem Grundsatz bilden, daß die Parteien das Beweismaterial zu beschaffen haben.

Wenn nicht als Ausnahme, so doch als Einschränkung der Verhandlungsmaxime wird oft das richterliche Prozeßleitungsamt hinsichtlich der Ausübung des Fragerechts und der Befugnis, das persönliche Erscheinen der Parteien anzuordnen, aufgefaßt. Wenn die Aufklärungspflicht des § 139 im wesentlichen auch nur die Vervollständigung des Sachverhalts zum Ziele hat, so wird damit doch dem Richter, wenn auch in bescheidenem Umfange, eine Mitver-

---

21) vgl. Stein-Jonas § 286 III 1; mit anderer Begründung Schmidt a. a. O. S. 431/2; vgl. Titze a. a. O. S. 176 „... es besteht die Gefahr, daß die Grenze von Richterrolle und Zeugenrolle verwischt wird."

antwortung bei der Stoffsammlung auferlegt. Es läßt sich deshalb solche Auffassung vertreten. Im übrigen ist es gleichgültig, ob man die Aufklärungspflicht als Einschränkung oder nur als Korrektiv, als natürliche Begrenzung der V.-m. auffaßt. Folgerungen für die praktische Handhabung ergeben sich jedenfalls nicht daraus. Die Fragepflicht berechtigt den Richter immer nur, auf Vervollständigung des Tatbestandes hinzuwirken, niemals die Wahrheit selbst anzusteuern[22]). Auf den Geltungsbereich und die nähere Bedeutung des § 139 wird an anderer Stelle nochmals einzugehen sein.

Notwendig ist es jedoch in diesem Zusammenhang, das Verhältnis der durch die Novelle von 1933 eingeführten Wahrheitspflicht der Parteien zu dem Verhandlungsgrundsatz einer näheren Betrachtung zu unterziehen. Die Meinungen darüber, ob die V.-m von der Wahrheitspflicht irgendwie berührt wird, gehen auseinander. Während die einen in ihrer Einführung eine Durchbrechung der V.-m sehen[23]), finden sich ebenso gewichtige Stimmen, die eine Vereinbarkeit beider Institute durchaus für möglich halten[24]). Im ersten Falle wird im allgemeinen nur die Tatsache als solche festgestellt, im letzteren fehlt es nicht an einer näheren Begründung.

Die Parteien sind verpflichtet, ihre Erklärungen der Wahrheit gemäß und vollständig abzugeben. Kisch führt aus, daß zu dem Erfordernis der wahrheitsgemäßen Erklärung die V.-m deshalb nicht in Widerspruch stehe, weil diese gemäß ihrem negativen Inhalt den Richter nur verpflichtet, keine Umstände zu berücksichtigen, die nicht vorgetragen sind. Aber auch die Verpflichtung zum vollständigen Vorbringen soll mit der V.-m durchaus vereinbar sein, da eine Unvollständigkeit nur erheblich sei, wenn ein im Gesamtergebnis falsches Bild des Tatbestandes erweckt werde. Sodann bestünden aber schon deshalb keine Gegensätze, weil eine Beseitigung der V.-m die Einführung der U.-m bedeute, und dadurch das Gericht verpflichtet werde, den Prozeßstoff vollständig zu beschaffen, während der § 138 gerade die Parteien dazu anhalten wolle.

Lent vertritt die Auffassung, die Pflicht zur Vollständigkeit sei einschränkend auszulegen und auf den Rahmen der näheren Erläuterung zu den von den Parteien schon vorgebrachten Tatsachen einzuengen, während Stein-Jonas annimmt, daß es nach wie vor

22) vgl. Ratz a. a. O. S. 35.

23) Schwabe a. a. O. S. 3175; Ratz a. a. O. S. 55; Canstein a. a. O. Bd. XI. S. 525.

24) Kisch D.J.Z. a. a. O. S. 916; Lent J.W. S. 2675; Staud a. a. O. S. 603; Stein-Jonas zu § 138 I; Klein a. a. O. S. 125; Welzel a. a. O. S. 11, der allerdings den bisherigen Inhalt der V.-m. umbiegt, wenn er behauptet, daß die in der V.-m. zum Ausdruck kommende Selbstverantwortung den Parteien gebiete, alle, nicht nur die ihr günstigen Tatsachen, vorzubringen. Hellwig, Lehrbuch S. 42.

bei den Parteien stünde, welche Tatsachen sie vorbringen wollen, und daß mit dem Begriff der Vollständigkeit nur gesagt sei, die durch Verschweigung von Einzelheiten entstellte Darstellung stehe der unwahren gleich.

Auch Titze, der die Wahrheitspflicht nicht so sehr als ein Postulat der staatlichen Rechtspflege, sondern als eine unmittelbare Fortentwicklung des allgemeinen Begriffes von Treu und Glauben betrachtet, ist der Ansicht, daß das Erfordernis der „Vollständigkeit" mit einer gewissen Vorsicht zu behandeln sei[25]).

Die von Kisch gegebene Begründung vermag schon deshalb nicht durchzuschlagen, weil die Beseitigung der V.-m keinswegs die Einführung der U.-m in dem Sinne zur Folge hat, daß nunmehr das Gericht allein für die Beschaffung des Tatsachenmaterials Sorge zu tragen hat; denn den Parteien wird immer, nach welchen Grundsätzen ein Verfahren auch aufgebaut ist, eine Erklärungspflicht obliegen, wie später im einzelnen noch zu zeigen sein wird. Es ist m. E. — und das gilt für alle Vertreter der Auffassung von der unbedingten Vereinbarkeit der Wahrheitspflicht mit der V.-m — nicht der richtige Weg, das Neue nach dem Alten ausrichten zu wollen. Weshalb fühlt man sich veranlaßt, einen überkommenen, von altem Geist erfüllten Grundsatz unbedingt in vollem Umfange beizubehalten und einen neuen Gedanken, der richtungsweisend werden kann, solange umzubiegen, bis er sich schließlich halbwegs den alten Formen angepaßt hat? Man sollte umgekehrt vorgehen und unbeschadet der V.-m alle Folgerungen aus der vom Gesetzgeber aufgestellten Wahrheitspflicht ziehen, um dann zu untersuchen, ob die V.-m mit den gewonnenen Erkenntnissen noch in Einklang zu bringen ist. Jedenfalls will es mir scheinen, als ob mit der Einführung der Wahrheitspflicht das jetzige System der Z.P.O. einen Riß erhalten hat, den es für ein künftiges Verfahren zu überbrücken gilt.

Da es sich an dieser Stelle nur um eine Abgrenzung des Begriffes „Parteiherrschaft" handelt, wird auf die Frage noch einzugehen sein.

3. Die Dispositionsmaxime:

Vielfach wird eine Trennung beider Maximen nicht durchgeführt[26]) und von einer Verhandlungs- oder Dispositionsmaxime der Parteien gesprochen. Wenn auch der Wert einer strengen Unterscheidung nicht überschätzt werden darf, so vermag eine Trennung beider Begriffe doch eine klarere Abgrenzung der Parteibefugnisse herbeizuführen. Hält man beide Maximen nicht auseinander, bil-

25) Vgl. a. a. O. S. 168/69 u. 177.
26) vgl. Stein-Jonas Vorb. § 128 Ziff. II, 2; auch Baumbach Gr. § 128, 3.

den V.-m und U.-m keine Gegensätze, soweit die Dispositionsbefugnis der Parteien in Frage steht. Es läßt sich nämlich ein vom Untersuchungsgrundsatz beherrschtes System denken, das trotzdem die Verfügungsrechte der Parteien anerkennt. Es braucht nur auf die A.G.O. verwiesen zu werden, die den Richter in seiner Entscheidung z. B. an die Anerkenntnis- und Geständnisfolgen band. So scheint schon aus diesem Grunde eine Trennung gerechtfertigt.

Aus der Verfügungsfreiheit der Parteien über den Streitgegenstand folgert man für den Prozeß das Bestehen einer Verfügungsbefugnis über Gang und Inhalt des Verfahrens. Wer materiell berechtigt ist, über den Streitgegenstand zu verfügen, soll auch im Prozeß von seinem Recht Gebrauch machen können. Wie in der privaten Sphäre ein jeder Träger eines Rechts auf eine Verkümmerung oder Negierung seiner Rechtstellung nicht zu reagieren verpflichtet ist, will man auch dem Staat nicht die Möglichkeit zubilligen, von Amts wegen zur Wiederherstellung des beeinträchtigten Rechts zu schreiten. Allein die Parteien haben deshalb den Beginn des Verfahrens auch in der Rechtsmittelinstanz zu bestimmen (iudex ne procedat ex officio). Desgleichen wird ihnen die Befugnis erteilt, durch ihre Anträge den Umfang der richterlichen Prüfung festzulegen (ne eat iudex ultra petita partium). Wie ein jeder im Rechtsverkehr sich durch Anerkenntnis verpflichten, bezw. im Wege des Verzichts seine Rechte aufgeben kann und damit den Richter bei einem zukünftigen Rechtsstreit an seine materiellen Verfügungen bindet, so kann auch im Streitverfahren der Kläger durch Klagverzicht, der Beklagte durch Klaganerkenntnis den Richter zu einer bestimmten Entscheidung zwingen. Aus denselben Gründen steht es auch den Parteien frei, durch Vergleich, durch Klag- oder Rechtsmittelzurücknahme dem Richter die Entscheidung zu entziehen und den schwebenden Prozeß gegenstandslos zu machen. Alle diese Befugnisse haben mit der eigentlichen Stoffsammlung nichts zu tun und lassen eine besondere Zusammenfassung gerechtfertigt erscheinen. Diese Einflußnahme der Parteien auf das Verfahren ist bisher nahezu als eine Selbstverständlichkeit aufgefaßt worden. Die weitere Untersuchung wird ergeben, ob es auch dem Wesen des künftigen Prozesses entsprechen wird, diesen Teil der „Parteiherrschaft" in seinem bisherigen Umfange aufrecht zu erhalten. Damit glaube ich, die Stellung der Parteien zu dem Gericht und ihre Befugnisse in den Grundzügen umrissen und gezeigt zu haben, daß der Begriff „Parteiherrschaft" heute noch nicht seine Bedeutung verloren hat, und seine Auswirkungen in jedem Prozeß offen zu Tage treten. Es bleibt noch übrig, auf die Entwicklung des jetzigen Verhältnisses von Richter und Parteien einzugehen und ihre Ursachen und ihre Zusammenhänge mit dem allgemeinen Zeitgeschehen aufzuzeigen. Man wird dann erkennen, daß die Abgren-

zung von Richter- und Parteimacht nicht auf Grund reiner Zweckmäßigkeitsüberlegungen vorgenommen ist.

III. Die „Parteiherrschaft" in ihrer weltanschaulich-politischen Bindung.

Das Verhältnis von Richter und Parteien ist verschiedener Ausgestaltung fähig und hat diese im Laufe der Entwicklung auch gefunden. Eine geschichtliche Untersuchung würde zeigen, in welch großem Maße für die Abgrenzung der gegenseitigen Befugnisse und für die Verteilung der Rollen die jeweilige Machtbefugnis des Staates gegenüber der Einzelperson von Bedeutung ist. Die Interessen der streitenden Parteien und die des Staates an dem Inhalt und Verlauf eines Verfahrens stimmen durchaus nicht immer überein. Während es dem einzelnen darum geht, in einer möglichst nur seinem Gestaltungswillen unterliegenden Sphäre den Streit auszutragen, nimmt der Staat für sich eine gewisse Herrschaftsbefugnis in Anspruch, um dem Prozeß eine im Gemeininteresse liegende Richtung zu geben. Dabei ist der einzelne leicht geneigt gewesen. den Herrschaftswillen des Staates als eine feindliche Macht zu betrachten, die die Geltendmachung seiner Interessen zu beeinträchtigen droht. Folglich nimmt mit dem wachsenden Einfluß der Einzelperson auf staatlichem Gebiete auch seine Einwirkungsmöglichkeit im Verfahren zu. Es sehen deshalb die Befugnisse der Parteien im Zeitalter des Polizeistaates und des Verfassungsstaates des 19. Jahrhunderts sehr verschieden aus. Es bedarf keines Beweises, daß zur Entstehungszeit der Z.P.O. der Bedeutung der Einzelperson auf staatlichem wie auf jedem anderen Gebiete weitgehend Rechnung getragen, ja diese zum Mittelpunkt alles staatlichen, politischen und kulturellen Geschehens erhoben wurde. So mußte denn die Prozeßordnung als Kind ihrer Zeit zwangsläufig die Sonderinteressen der Parteien in den Vordergrund rücken und diese selbst von allen obrigkeitlichen Einflüssen zu befreien suchen. Dabei machten sich die Schöpfer der Z.P.O. die Grundsätze der zur Zeit vorhandenen Systeme zu eigen, soweit sie der damaligen Geisteshaltung entsprachen. Sie unterließen es, dem Prozeßgesetz eine Note zu geben, die einen besonders schöpferischen Charakter hätte erkennen lassen können. Die Schaffung der Z.P.O. war keine Gestaltung von innen heraus, sondern bestand mehr oder weniger in der Übernahme von Grundsätzen anderer Systeme, die allerdings zu einem sehr kunstvollen und in sich folgerichtigen Verfahren vereint wurden: Ein technisches Kunstwerk, dessen Handhabung technische Fertigkeit verlangte!

Im wesentlichen waren es damals drei Systeme, die für die Prozeßgesetzgebung des 19. Jahrhunderts von Bedeutung waren: Der gemeinrechtliche, der französische und der preußische Prozeß. Es bedarf nur einer sehr kurzen Charakterisierung der drei Verfahrens-

arten, um ihre Einflußnahme auf das Reichsprozeßrecht erkennen zu können.

Der gemeine Prozeß besaß nur subsidiäre Geltung und ist im Laufe seiner Entwicklung mancherlei Einflüssen unterworfen gewesen. In den Anfängen vielfach von germanischen Anschauungen durchdrungen, erleidet er seit der Mitte des 15. Jahrhunderts eine Umbildung durch die Rezeption des romanischen Rechts, das selbst wiederum aus römischen, germanischen Einflüssen und solchen der Kirche und der mittelalterlichen Kulturvölker hervorgegangen ist. Der gemeine Prozeß entwickelte sich allmählich zu einem sehr gekünstelten Verfahren, das jede Einfachheit und Natürlichkeit vermissen ließ[27]). Seine Hauptaufgabe sah er darin, die Parteien vor Übergriffen der richterlichen Gewalt zu schützen und ihre Interessen in möglichst großem Umfange zu wahren. Er glaubte, dieser Aufgabe sich am besten dadurch entledigen zu können, daß er den Richter mit einem Netz von Formvorschriften umgab, die jeden Willkürakt nach menschlicher Berechnung ausgeschlossen erscheinen ließen. Nur so ist z. B. die Bindung des Richters an ein formelles Beweissystem zu verstehen. Doch der Zweck verschlug ins Gegenteil. Das Verfahren verlor immer mehr an Wert für die Parteien und wurde derart starr und schwerfällig, daß es zu einem höchst ungeeigneten Instrument der Rechtspflege wurde.

Auch der französische Prozeß strebte danach, die Stellung der Parteien zu festigen. Er schlug aber gänzlich andere Wege ein. Durch eine Verteilung der Aufgaben zwischen Richter und Parteien sollte die übermäßige Richtermacht eine Beschränkung erfahren[28]) und ein natürliches Gleichgewicht zwischen den Beteiligten hergestellt werden. Wie er auf der einen Seite das Richteramt von jeder anderen Tätigkeit als der der Urteilsfindung reinzuhalten suchte und deshalb den Parteien den gesamten Prozeßbetrieb auferlegte, so entband er auf der anderen den Richter von dem System formaler Regeln und stärkte seine Stellung namentlich durch die Einführung der freien Beweiswürdigung. Mündlichkeit, Öffentlichkeit und der Wegfall der Eventualmaxime waren seine Vorzüge, derentwillen man in Deutschland den französischen Prozeß als nachahmenswert rühmte. Man sah nicht die Schwächen, die ein Verfahren haben muß, das der gerichtlichen Prozeßleitung in großem Umfange entbehrt und den Parteien so weitgehende Befugnisse einräumt, daß der Richter zu einer Urteilsmaschine herabgewürdigt wird[29]).

27) vgl. Wach a. a. O. S. 131 ff.

28) vgl. Schmidt a. a. O. S. 126 ff.; Endemann, ArchZivPr. Bd. 49 S. 14 ff.

29) So spielte sich zum Beispiel der Schriftsatzwechsel zunächst nur innerhalb der Parteien ab und erst nach seiner Beendigung wurde der Richter mit der Sache befaßt.

Wesentlich anderen Charakter trug die Allgemeine Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten von 1793. Die friderizianische Rechtspflege baute sich auf zwei Grundgedanken auf, dem der Wohlfahrt und dem der Gerechtigkeit und suchte beide in der neu geschaffenen A.G.O. zu verwirklichen. Der Staat wollte auch auf dem Gebiet der Zivilrechtspflege seine Untertanen nicht sich selbst überlassen, sondern betrachtete es als seine Aufgabe, ihnen schützend und helfend zur Seite zu stehen[30]). Er wollte die natürliche Ungleichheit der Parteien durch eine Verstärkung der Richtermacht so viel als möglich auszugleichen suchen. Zudem war es das Streben des Gesetzgebers, der Gerechtigkeit dadurch zum Siege zu verhelfen, daß in jedem Falle die Wahrheit erforscht werden sollte. Die Worte von dem großen Verteidiger der A.G.O., Suarez: „Aber die große Regel: Suche die Wahrheit auf dem nächsten und sichersten Wege! — diese Regel, die man mit Recht den Inbegriff unserer ganzen Prozeßordnung nennen kann, wird doch immer das Grundprinzipium einer jeden Prozeßform bleiben müssen"[31]), lassen den Geist des Gesetzes erkennen.

Die Grundsätze der unbedingten Wahrheitsermittlung, der Loslösung des Richters von dem Parteivorbringen fanden in der Folgezeit wenig Anklang. Man warf allgemein dem Gesetz vor[32]), es arbeite mit inquisitorischen Mitteln, was sich mit dem Wesen des Zivilprozesses nicht vereinbaren ließe. Doch scheint mir dieser Vorwurf nicht ausschlaggebend zu sein. Wenn die A.G.O. nicht die in sie gesetzten Erwartungen voll erfüllte, so lag es mehr daran, daß sich mit der mit weitgehenden Befugnissen ausgestatteten Stellung des Richters der Grundsatz der Schriftlichkeit und das formale Beweissystem nicht vertrug. Außerdem dürfte auch die Trennung des erkennenden Richters vom Instruenten, die verhinderte, daß der Richter den Sachverhalt in unmittelbarer Weise kennen lernte, den Wert des Verfahrens ungünstig beeinflußt haben.

Untersucht man den Einfluß dieser drei Systeme auf die Z.P.O. von 1877, so läßt sich in wichtigen Bestimmungen ein Zurückgreifen auf das französische Vorbild nicht verkennen. Sogar Wach, in dem das Gesetz einen eifrigen Verteidiger gefunden hatte, kann nicht umhin, die Zivilprozeßordnung als einen Abklatsch der französischen zu bezeichnen und betont das Beschämende einer solchen Feststellung[33]). Der Gedanke von der Reinerhaltung des Richteramtes fügte sich vortrefflich in den von der liberalen Geisteshaltung vorgeschriebenen Rahmen ein. Denn es galt vor allen

30) vgl. Kisch, Zivilprozeßrecht, S. 23 u. 27.
31) Brief von Suarez vom 1. III. 1784 bei Stölzel a. a. O. S. 198 ff.
32) Wach, Prozeßrecht S. 131 ff. u.a.m.
33) Wach, Reform S. 5; vgl. im übrigen Schmidt a. a. O. S. 126 u. Endemann a. a. O. S. 14.

Dingen, den Parteien die größtmögliche Freiheit zu sichern und sie unabhängig von der richterlichen Macht zu machen. Man suchte den Gedanken des Rechtsstaates auch auf dem Gebiete des Prozeßrechts zu verwirklichen, verstand aber hierunter nicht so sehr die Gewährleistung innerer Gerechtigkeit, wie die Möglichkeit für den einzelnen, die Folgen seines Handelns vorher genau zu berechnen[34]). Mit aller Entschiedenheit wandte man sich noch in späterer Zeit gegen die von Hellwig vertretene Auffassung, wonach der Prozeß nur eine Krankheit sei, und der Richter deshalb die Parteien gründlich in Behandlung zu nehmen habe, fürchtete, daß damit die Parteien als mehr oder minder rechtlose Objekte der Willkür des Richters ausgeliefert seien und glaubte, das Schreckgespenst des Polizeistaates heraufbeschwören zu müssen[35]). Wie auf allen Gebieten staatlicher Tätigkeit sollte vielmehr auch hier durch Gewaltenteilung ein Gleichgewicht geschaffen werden, und so wurde in echt liberalistischer Denkungsweise der Dualismus von Richter und Parteien zum Angelpunkt des gesamten Gefüges erhoben und das Zivilprozeßrecht folgerichtig in das System des noch jungen deutschen Verfassungsstaates eingebaut[36]). So kam es, daß in Anlehnung an den französischen Prozeß die Rolle des Richters namentlich vor der Novellengesetzgebung eine mehr passive war. Dieser hatte im wesentlichen darüber zu wachen, daß die streitenden Parteien die Verfahrensregeln innehielten, sich im übrigen aber jeden Eingriffs, besonders in der Gestaltung des Tatbestandes, zu enthalten. Der Staat als solcher war ja unbeteiligt, hatte im wesentlichen die Interessen der Individuen zu schützen und demgemäß die Individualsphäre entsprechend zu berücksichtigen[37]). Deshalb glaubte man auch, die Verantwortung für ein richtiges Ergebnis den Parteien auferlegen zu können und ging davon aus, daß ihre gegenseitigen Interessen insoweit besser sich auswirken würden, als dies die richterliche Macht zu tun vermöchte. Die Interessen der Individuen standen auf dem Spiel, mochte sich nun der einzelne, dessen Betätigungsfreiheit sehr weite Grenzen gesetzt waren, um ihre Durchsetzung bemühen. «Laisser faire, laisser aller.» Wie man sich vom französischen Verfahren beeinflussen ließ, so nahm man auch bereitwilligst vom gemeinen Prozeß das herüber, was die Macht der Parteien verstärken konnte. Nicht zuletzt ist hier die V.-m. zu nennen[38]), unter deren Namen man die Rechte der Parteien zu wahren suchte, und die von der gemeinrechtlichen Theorie mit besonderer Sorgfalt gepflegt wurde. Auch sonst fanden Bestimmungen

34) vgl. Lange, Liberalismus S. 5.
35) Schmidt 1909 S. 39 ff.
36) vgl. Schmidt, Lehrbuch S. 126 ff.; Kisch, Iud. a. a. O. S. 254.
37) vgl. Schoan a. a. O. S. 137 ff.
38) Endemann a. a. O. S. 18.

formaler Art, die das Verhältnis von Richter und Parteien in der geschilderten Form regelten, Beachtung[39]).

Dem gegenüber schenkte man dem preußischen Verfahren keinerlei Aufmerksamkeit. Es paßte eben nicht in das System und galt mit seinem radikalen Eingriff in das bisherige Verhältnis von Richter und Parteien als eine rein polizeistaatliche Einrichtung und im übrigen als ein Experiment am gemeinen Prozeß. So findet sich in den allgemeinen Motiven zur Z.P.O. ein sehr hartes Urteil, das sogar Wach[40]) als teils ungerecht, teils unrichtig bezeichnet, wobei er zugibt, daß nach den praktischen Erfahrungen der A.G.O. das Zeugnis einer gedeihlichen Rechtspflege nicht versagt werden kann. Aber was wollte man mit einem Verfahren, das den Schutz der Parteien einer staatlichen Gewalt anvertraute? Das war Bevormundung. Der Mensch des ausgehenden 19. Jahrhunderts schützte sich selbst am besten, hatte er nur die nötige Bewegungsfreiheit. Was sollte dieses unbedingte Streben nach Wahrheit? Der Staat hatte ja kein Interesse am Ausgang des Verfahrens, der Streit war eine Privatangelegenheit, in die sich die Obrigkeit nicht näher hineinzumengen hatte, als es die Parteien wünschten. Die Auffassung von Schmidt[41]), wonach Wahrheitspflicht und Wahrheitszwang nur die freie Bewegung der Parteien zu lähmen vermögen, kennzeichnet die damalige Einstellung, demgegenüber Hellwigs entgegengesetzter Standpunkt nicht durchzudringen vermochte. So war in der Z.P.O. von 1877 kein Raum für die Gedankengänge des altpreußischen Verfahrens, das sich nicht, wie Schwartz zutreffend ausführt[42]), in einer vormundschaftlichen Justizpflege erschöpft, sondern als großartiger Versuch, die Zivilrechtspflege auf gesunde und nationale Bahnen zu leiten, gewertet werden muß. Die Worte von Suarez haben allzubald ihre Geltung verloren[43]). Wenn der Liberalismus in den letzten hundert Jahren seinen großen Gegner, den preußischen Pflicht- und Gemeinschaftsgedanken des 18. Jahrhunderts zurückgedrängt hat[44]), so gilt das nicht zuletzt für das Gebiet des Prozeßrechts. Mit diesen Ausführungen hoffe ich bewiesen zu haben, daß die in der Prozeßordnung zum Ausdruck kommende „Parteiherrschaft" eine Einrichtung ist, die ihre Entstehung nicht im wesentlichen Zweckmäßigkeitsüberlegungen verdankt, son-

39) Schmidt a. a. O. S. 126.
40) Wach, Handbuch S. 133 ff.
41) Schmidt a. a. O. S. 39.
42) a. a. O. S. 732 ff.
43) Unverständlich sind in diesem Zusammenhang die Worte Wach's a. a. O. S. 139 Anm. 9: „Und hat nicht der große Mann hierin recht behalten, wie anders auch die Form geworden, in welcher wir heute seine Idee verfolgen." (Wach, der die Wahrheit nicht als Ziel, sondern als zufälliges Ergebnis des Prozesses bezeichnet.)
44) vgl. Lange a. a. O. S. 3.

dern ihre eigentliche Begründung in den Zeiterscheinungen des vergangenen Jahrhunderts zu suchen hat[45]). Wir haben ein Prozeßgesetz vor uns, das unter starker Beeinflussung durch französische und gemeinrechtliche Gedanken es als seine vornehmste Aufgabe betrachtet hat, den Geist der Zeit in seinem innersten Wesen zu verankern.

Und diesen Zeitgeist gilt es dadurch zu überwinden, daß der sozialen Bedeutung des Prozesses und seiner Stellung in der Gemeinschaft Rechnung getragen wird. Der Prozeß ist als eine Massenerscheinung, nicht mehr als eine Angelegenheit einzelner, zu werten und in den Dienst des Volksganzen zu stellen. Eine Umgestaltung kann nur Stückwerk bedeuten[46]). Die Größe der Aufgabe verlangt eine durchgreifende Neugestaltung. Es gilt nicht in die alte Form neuen Inhalt zu gießen, sondern ein Gebilde zu schaffen, das in nichts mehr daran erinnert, daß einstmals die Interessen des einzelnen im Mittelpunkte der Betrachtung gestanden haben. Das heißt nicht, alles Überkommene über Bord werfen, nur weil es einer vergangenen Zeitepoche angehört hat. Keine Zeit wird die Erfahrungen der Vergangenheit entbehren wollen oder können. Es bedeutet aber auch nicht, worauf schon an anderer Stelle hingewiesen wurde, den neuen Geist durch ein starres Festhalten an überkommenen Grundsätzen zu verwässern. Es ist vielmehr aus einer gewandelten Grundeinstellung heraus zu überprüfen, inwieweit Bestehendes sich der neuen Ordnung einzuordnen vermag. Von welcher Grundeinstellung dabei auszugehen ist, davon soll im nächsten Teil die Rede sein.

45) vgl. Volkmar Handbuch S. 1498; Entwurf a. a. O. S. 256.

46) Insoweit scheint mir die Ansicht von Stein-Jonas Vor. § 128 II, wonach die Nov. von 33 kein Bruch mit der bisherigen Entwicklung bedeutet, sondern nur den Abschluß eines allmählichen Umstellungsprozesses darstellt, die Sachlage zu verkennen. Die Novelle steht erst am Anfang einer noch nicht übersehbaren Entwicklung.

Zweiter Teil:

Der Prozeß als Diener der Gemeinschaft.

I. Vom Zweck des bisherigen Verfahrens.

Wir haben gesehen, welche grundlegende Bedeutung das Verhältnis von Staat und Untertan für die Ausgestaltung eines Verfahrensrechts besitzt. Es ist deshalb notwendig, dieses Verhältnis, das seit dem Umbruch eine tiefgreifende Wandlung erfahren hat, einer Untersuchung auf seinen jetzigen Wesensgehalt zu unterziehen. Erst dann wird man in der Lage sein, den Zweck des künftigen Verfahrens und seine Grundlagen zu bestimmen. Eine solche Untersuchung kann aber nicht auf ein Eingehen auf den bisherigen Prozeßzweck verzichten. Denn nur aus der klaren Erkenntnis des Überkommenen erwächst die Möglichkeit, die Zukunft zu gestalten. Der Zusammenhang zwischen Sein und Werden verlangt zunächst ein Wissen um jenes. Bei der Erörterung wird wieder auf das Verhältnis von Staat und Individuum zurückgegriffen werden müssen. Wenn auch im vorigen Teil diese Zusammenhänge schon berührt wurden, so war die Betrachtung entsprechend ihrem Zweck allgemein gehalten und mehr auf die politisch-weltanschauliche Seite abgestellt. Es gilt nunmehr die Auswirkungen in ihrer mehr rechtlichen Bedeutung aufzuzeigen. Da eine derartige Betrachtungsweise zum Teil weniger die Materie des Prozeßrechts als die des Staatsrechts zum Gegenstande hat, ist schon aus diesem Grunde eine Beschränkung auf das Wesentlichste geboten.

Eine Untersuchung des bisherigen Verhältnisses von Staat und Einzelperson geht zweckmäßig von dem Begriff der juristischen Staatsperson aus. So eröffnet sich am ehesten die Möglichkeit, die gegenseitigen Beziehungen zu begreifen. Wie man zu einer solchen Auffassung vom Staat als Person gekommen ist, hat Höhn an verschiedenen Stellen nachzuweisen versucht[1]). Danach hat der Staatsbegriff zur Zeit des souveränen Fürstenstaates den Höhepunkt der individualistischen Entwicklung erreicht. Es standen sich an Gewalten nur der Fürst und der Untertan als Einzelpersönlichkeiten gegenüber. Eine dritte Größe war nicht vorhanden. Der „Ichgeist" kam hier in klarster Form zum Ausdruck, es fehlte an jedem Verbindungsglied der sich gegenüberstehenden Personen. Der Fürst besaß die volle Souveränität und vereinigte die gesamte Staatsgewalt auf seine Person. Dieser Zustand erfuhr im Laufe einer langen

1) z. B. Die Wandlung im staatsrechtlichen Denken in „Der Deutsche Staat der Gegenwart". Das subjektive öffentliche Recht und das individualistische Rechtssystem. Deutsche Rechtswissenschaft 1936 S. 49 ff. u.a.m.

Entwicklung eine Veränderung, deren Bedeutung für die damalige Zeit schier unermeßlich war[2]). Man verstand sich allmählich dazu, die Person des Fürsten und die Staatsgewalt, die er bis dahin verkörperte, als zwei verschiedene Größen anzusehen, und setzte an Stelle des souveränen Fürsten den souveränen Staat. Man schuf aus dem Staat als dem Apparat des Fürsten die unsichtbare Persönlichkeit „Staat". Der Fürst sank herab zu einer Organstellung. An Stelle des Fürst-Untertanenverhältnisses trat allmählich das Staat-Untertanenverhältnis[3]). In Wirklichkeit wurden, wenn auch der Fortschritt in der Entwicklung nicht verkannt werden soll, zunächst einmal nur die Rollen vertauscht. Man stand nicht mehr dem Fürsten in mehr oder weniger abhängiger Stellung, sondern einer neuen Erscheinung, dem Staat gegenüber. Es stellte sich mit der Zeit heraus, daß sich gegen diesen sogenannte Bürgerrechte leichter durchsetzen ließen, da er an Schlagkraft durch seine Verselbständigung verloren hatte. So kam es, daß der ursprünglich souveräne Fürst auch in seiner Organstellung immer mehr an Beschränkungen auf sich nehmen mußte. Schon im konstitutionellen Staat traten neben ihn andere Gewalten, bis dann schließlich in der parlamentarisch-demokratischen Staatsform neue Kräfte seine Stellung einnahmen. Reichstag, Reichsrat, Regierung usw. blieben aber immer Organe, deren sich der Staat bediente. Inzwischen hatte man es unternommen, der „unsichtbaren Persönlichkeit Staat" festere Formen zu geben und ihn in die bürgerliche Begriffswelt einzuordnen. Im Zeitalter des Individualismus dachte man auch auf rechtlichen Gebiete nur in Beziehungen von einzelnen Personen. So verlieh man folgerichtig auch dem Staat Personencharakter und fand damit eine Grundlage, mit ihm rechtlich in Verbindung zu treten. Es standen sich das Volk als eine Summe von Untertanen und der Staat als juristische Person gegenüber. Diese Vorstellung hat in der Wissenschaft gar mancherlei Abwandlungen und auch Angriffe erfahren, sie vermochten aber nicht die Grundauffassung zu beeinflussen.

Die Einstellung hatte zur Folge, daß sich ein Kampf zwischen der Persönlichkeit „Staat" und der Einzelperson entspann, wobei diese ständig versuchte, ihren Einfluß zu vergrößern und die Staatsgewalt immer mehr einzuschränken. Stärkung der Persönlichkeit war die Richtschnur alles Handelns. Um den Untertanen aus seiner Stellung als Pflichtsubjekt herauszuheben, verlieh man ihm die sog. „subjektiv öffentlichen Rechte"[4]), d. h. der Staat übertrug ihm die Fähigkeit, seine Hilfe wirksam in Anspruch zu nehmen, und räumte dem einzelnen ein Mitwirkungsrecht ein[5]). Mit Hilfe dieses

2) vgl. Höhn, Wandlung S. 30.
3) dgl. S. 31/33.
4) Höhn, Deutsches Recht a. a. O. S. 49 ff.
5) Jellinek a. a. O. S. 81; Meyer a. a. O. S. 109.

Begriffes ließ sich eine wirksame Abgrenzung der Rechte des Individuums erreichen. Und nichts vermag besser die damalige Auffassung des Verhältnisses Staat-Einzelperson zu kennzeichnen, als die bekannte Statuslehre von Jellinek[6]). Hier finden in überaus klarer Weise die Beziehungen der Beteiligten eine Abgrenzung. „Leistungen an den Staat (passiver Status), Freiheit vom Staat (negativer Status), Forderungen an den Staat (positiver Status) und Leistungen für den Staat (aktiver Status) sind die Gesichtspunkte, unter welchen die öffentliche Rechtsstellung des Individuums begriffen sein will"[7]). Und solche Forderung an den Staat war, um wieder auf das Gebiet des Prozeßrechts zurückzukommen, die Befugnis des Bürgers, die staatliche Rechtshilfe in Anspruch zu nehmen. Das Klagrecht wurde aufgefaßt als ein publizistisches Recht, von dem Staate eine zur Befriedigung des Rechtsschutzinteresses erforderliche Rechtshandlung zu verlangen. Der einzelne besaß gegenüber dem Staat als dem Träger der gerichtsherrlichen Gewalt ein subjektives Recht auf ein Tätigwerden. Natürlich blieb diese zunächst von Wach[8]) vertretene Theorie nicht unangefochten. Der Streit ging aber in der Hauptsache um die prozessuale Natur des Rechtsschutzanspruches[9]). Seine Existenz wurde nur vereinzelt verneint und in der Gewährung des Rechtsschutzes die Erfüllung einer staatlichen Kulturaufgabe gesehen[10]). Für die allgemeine Einstellung trifft jedenfalls die Bemerkung Jellineks zu, wonach an der staatlichen Pflicht, auf Verlangen der Beteiligten im Interesse des Rechtsschutzes tätig zu werden, kein Zweifel möglich ist[11]). Der Rechtsschutzanspruch wird von ihm als Fähigkeit, Normen des öffentlichen Rechts im individuellen Interesse in Bewegung zu setzen, zutreffend definiert. Ein auf eine Formel von genialer Einfachheit zurückgeführtes Bekenntnis zu den letzten Grundlagen des modernen Verfassungsstaates[12]), so lautete das Urteil der damaligen Zeit. Damit wird Wesen und Zweck des Prozesses überhaupt hinreichend charakterisiert. Das Verfahren dient eben in der Hauptsache den Interessen des einzelnen und bedeutet die staatlicherseits organisierte Form der früheren Selbsthilfe. Der Staat stellt den Pri-

---

6) a. a. O. S. 81.
7) a. a. O. S. 87.
8) Feststellungsanspruch S. 22.
9) vgl. Bülow Z.Z.P. Bd. 27 S. 219.
10) vgl. Kohler, Forschungen p. 77; Kisch, Zivilprozeßrecht S. 12.
11) a. a. O. S. 125 ff. Vgl. ferner den Literaturnachweis bei Hellwig, Zivilprozeßrecht S. 146 Anm. 10 u. Langheineken a. a. O. S. 12.
12) vgl. bei Sonnen a. a. O. S. 73 ff., der anscheinend auch in Zukunft an dem Rechtsschutzanspruch festhalten will Vgl. fernerhin Meyer a. a. O. S. 109: Mit der die Justiz in Bewegung setzenden Willenserklärung hat der einzelne Macht über ein Stück öffentlicher Gewalt erhalten. „Zu seinem Vorteil soll diese Macht ihm dienen."

vaten seine Rechtsschutzeinrichtung zur Verfügung, es liegt jetzt an diesen, sich ihrer in einer ihren Interessen gemäßen Form zu bedienen. Dem entspricht auch das Verhältnis der Einzelpersönlichkeiten untereinander. Wie zwischen Staat und Einzelperson durch den Begriff des subjektiven öffentlichen Rechts die Beziehungen gestaltet werden, so sucht man diese zwischen den Individuen in der Form der subjektiven Rechte festzulegen und schafft damit den Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht. Den Staat berührt zunächst das Inbeziehungtreten zweier Einzelpersonen nicht, er fühlt sich solange unbeteiligt, als die Privaten ohne seine Hilfe ihre Angelegenheiten regeln können und ist an der Ausgestaltung ihrer Rechtsbeziehungen nicht interessiert. Nach der Einstellung des Liberalismus konnte sich eben eine Persönlichkeit nur dann voll entwickeln, wenn der Staat in möglichst geringem Maße in ihren Privatbereich eingriff. Das „subjektive Recht" verlieh deshalb dem einzelnen die Befugnis, seine Interessen gegenüber dem anderen durchzusetzen, wobei allerdings die Rechtsordnung den allgemeinen Rahmen abzugeben hatte. Diesen Rahmen hielt man aber möglichst weit und dehnte ihn zugunsten des einzelnen umsomehr aus, als der Blick für die Gesamtheit in immer stärkerem Maße verloren ging. Es ist deshalb zwar nicht richtig, den Zweck des Rechts der Befriedigung der Einzelinteressen gleichzusetzen. Auch das individualistische Zeitalter kannte das Bestehen einer höheren Ordnung, die die Interessen ihrer Einzelglieder verband. Aber es fehlte immermehr an der inneren Kraft und dem Willen, die Befugnisse des einzelnen und die Interessen der Gesamtheit zweckmäßig gegeneinander abzugrenzen. Die These des Liberalismus, die Persönlichkeit zugunsten des Gemeinwohls zu stärken, verwässerte allmählich und übrig blieb das Interesse des einzelnen, das schließlich nahezu um seiner selbst willen gefördert wurde. Auch die Entwicklung des Rechts vermochte dieser Verfallserscheinung keinen wesentlichen Einhalt zu gebieten. Man sah in dem subjektiven Recht die dem einzelnen durch die Rechtsordnung verliehene Macht zur Befriedigung menschlicher Interessen[13]). Man erkennt daran, wie wenig Bedeutung den Bedürfnissen der Gesellschaft beigelegt wird. Der Zweck der Rechte sollte zwar die Sicherung der Lebensaufgaben des einzelnen und der Gesellschaft sein, ihr Inhalt aber nicht von dem Zweck bestimmt werden, es sollte vielmehr eine Rechtsausübung ohne jedes Interesse, ja selbst gegen das vernünftige Interesse gestattet sein[14]). Das Zusammenleben der Individuen gestaltete sich in der Weise, daß die Rechtsordnung dem einzelnen ein Herrschaftsgebiet zuwies, auf dem der Wille des In-

13) vgl. Enneccerus a. a. O. S. 198.
14) ders., S. 201.

dividuums sich zur Erreichung seiner eigennützigen Ziele ungestört betätigen konnte[15]). Dieser Freiheit im materiellen Recht mußte der Prozeß natürlich Rechnung tragen. So kam es, daß der Staat seine Rechtshilfe zur Verfügung stellte, um in erster Linie die Interessen seiner Untertanen zu befriedigen. Wenn man auch in der Prozeßrechtswissenschaft zum Teil noch betonte[16]), daß der Prozeßzweck nicht mit der Durchsetzung privater Ansprüche erschöpft sei, sondern ebenfalls in der Aufrechterhaltung der Privatrechtsordnung begründet liege, so fand diese berechtigte Forderung in der Wirklichkeit doch zu wenig Beachtung. Darüber hinaus erwartete man auch von der Privatrechtsordnung gar nicht so sehr den Schutz der Allgemeininteressen als letzten Endes doch wieder den der Einzelinteressen. Das kommt z. B. bei Wach zum Ausdruck, der den Prozeßzweck zwar in der Verwirklichung der Privatrechtsordnung, aber nur zum Schutze privater Interessen sah[17]). In gleicher Richtung liegt der Hinweis von Walsmann, daß Recht im subjektiven Sinne und Recht im objektiven Sinne keine Gegensätze bedeuten und deshalb eine Unterscheidung für den Prozeßzweck überhaupt müßig sei[18]). Mag auch dieser oder jener versucht haben, dem Prozeßzweck eine höhere Bedeutung zuzulegen und ihn zugleich in den Dienst der Friedensordnung zu stellen[19]), so sind zum mindesten keine praktischen Folgerungen daraus gezogen worden. Die Z.P.O. von 1877 läßt jedenfalls in nicht genügendem Maße erkennen, daß es dem Gesetzgeber auch noch auf etwas anderes ankam, als ein Instrument zu schaffen, das in erster Linie der Befriedigung privater Interessen zu dienen hatte. Man hatte zu wenig beachtet, daß der einzelne nur deshalb und nur insoweit Schutz verdiente, als dieser Schutz im allgemeinen Interesse lag.

II. Die Bedeutung der Gemeinschaft als Rechtsprinzip.

Die Aufgabe des künftigen Prozesses wird entsprechend der grundlegenden Veränderung der Beziehungen zwischen einzelnem und Staat eine andere werden müssen als bisher. Wie eingangs des vorigen Kapitels bereits ausgeführt, gilt es deshalb zunächst, die Stellung der Einzelpersönlichkeit auf ihre Beziehung zur Gesamtheit zu untersuchen. Ausgangspunkt einer solchen Betrachtung kann immer nur die Gemeinschaft sein. Der Mittelpunkt all unseres Denkens und Handelns ist heute das deutsche Volk. Seinen Lebensnotwendigkeiten hat sich alles unterzuordnen, und der Wert

15) von Tuhr a. a. O. S. 54.
16) vgl. z. B. Bülow a. a. O. S. 221; Kisch a. a. O. S. 8.
17) Vgl. den Literaturnachweis bei Walsmann a. a. O.
18) a. a. O. S. 414 ff.
19) vgl. z. B. Degenkolb a. a. O. S. 25.

jeder Einrichtung bemißt sich nach dem Grad der Tauglichkeit für die Gesamtheit. Alles staatliche, politische, kulturelle und wirtschaftliche Leben hat aufgehört, ein Einzeldasein zu führen. Es empfängt seinen Antrieb aus dem Volke und hat seine Kraft wieder in den Dienst des Volkes zu stellen. So wird mit Siebert[20]) der Gemeinschaftsgedanke „zum alles beherrschenden und alles durchdringenden Gestaltungsgrundsatz." Wenn es auch die Hauptaufgabe der Wissenschaft sein muß, die Vorstellung von der Gemeinschaft aus der Sphäre des Gefühls in die des klaren juristischen Denkens zu erheben, so wäre es doch in diesem Zusammenhang müßig, nach einer begrifflichen Definition zu suchen, ganz abgesehen davon, daß es zweifelhaft erscheinen muß, ob man den Gemeinschaftsgedanken in seiner tiefsten Bedeutung überhaupt begrifflich erfassen kann. Zudem würde es eine Erkenntnis von sehr vergänglichem Wert sein, da das Gemeinschaftsdenken erst am Anfang einer Entwicklung steht. Die Aufgabe, eine dem neuen Inhalt entsprechende Begriffswelt zu schaffen, kann nicht von heute auf morgen gelöst werden; auch das von großer Klarheit und Folgerichtigkeit umgebene Begriffssystem des individualistischen Zeitalters hat sich erst am Ende einer langen Entwicklung zu dieser Höhe erhoben. Eins steht aber heute schon fest: Der Gemeinschaftsgedanke ist keine nur weltanschauliche Vorstellungsform mehr, sondern hat sich als allgemein verbindliches Rechtsprinzip durchgesetzt und ist zum Rechtsbegriff geworden. Wir haben mithin die in der Rechtswissenschaft seltene Erscheinung, mit einem Begriff operieren zu müssen, der z. Zt. in seiner ganzen Tragweite vernunftmäßig noch nicht voll erfaßt werden kann. Das hindert uns aber nicht, die schon jetzt erkennbaren Folgerungen für den Neuaufbau des Rechts zu ziehen.

Wir haben gesehen, daß die Vorstellung von der juristischen Staatsperson auch auf dem Gebiete des Verfahrensrechts nicht ohne Wirkungen war. Es kann allerdings in diesem Rahmen dahingestellt bleiben, ob mit Höhn[21]) die Vorstellung von der juristischen Person aufgegeben oder als ein Hilfsmittel der rechtlichen Erkenntnis beibehalten wird. Es kommt zunächst einmal nur darauf an, in stärkerem Maße als es bisher geschehen ist, von dem Volk als dem sinnfälligen Ausdruck der Gemeinschaft den Staat als äußere Organisationsform zu trennen und ihm eine mehr dienende Stellung gegenüber der Gemeinschaft zuzuweisen. Der Staat war zwar noch nie um seiner selbst willen da, er war immer nur Mittel zum Zweck. Die Vergangenheit lehrt aber, daß diese Erkenntnis in der Wirklichkeit nicht mehr die genügende Beachtung fand. Es ist deshalb notwendig, den Zweck des Staates als einer Einrichtung, eine Ge-

20) a. a. O. S. 955 (Handbuch).
21) Wandlung S. 31/33.

meinschaft von physisch-seelisch gleichartigen Lebewesen zu fördern und zu erhalten[22]), mehr in den Mittelpunkt der Betrachtung zu rücken. Für den Dualismus von Staat und Individuum ist dann kein Raum mehr, da es an den Voraussetzungen hierfür fehlt[23]). Der einzelne und der Staat, der nur noch Apparatcharakter trägt, sind keine Gegensätze und befinden sich nicht mehr in einem Kampfzustand, der eine jeden denkbaren Fall regelnde Abgrenzung der gegenseitigen Befugnisse erfordert. Die Gemeinschaft bedient sich des Staates zur Erfüllung ihrer vielseitigen Aufgaben, verleiht aber nicht mehr der ihr als Glied angehörenden Einzelperson einen Anspruch gegen den Staat in der Art eines subjektiv öffentlichen Rechts. So muß auch der Rechtsschutzanspruch in der bisherigen Form entfallen. Die Stellung der Persönlichkeit im Rechtsverkehr und damit die Bedeutung des Prozesses lassen sich nicht mehr umreißen aus der Einstellung des einzelnen zum Staat, sondern aus seinem Verhältnis zur Gemeinschaft.

Dabei ist der Primat der Gemeinschaft ausschlaggebend. Denn Erhaltung und Fortbildung des Volkes ist oberstes Ziel, die Förderung seiner Einzelglieder nur Reflexwirkung. Die Gemeinschaft ist das Ursprünglichste, der einzelne wird in sie hineingeboren und erhält erst durch sie Lebens- und Wirkungsmöglichkeit. Der Mensch vermag kein Einzelleben zu führen. Die Kraft der Gemeinschaft war schon von jeher der treibende Impuls der Weltgeschichte. Dieser Gemeinschaft zu dienen ist auch das Recht berufen, und in diesem Sinne gilt der Satz: „Recht ist, was dem deutschen Volke nützt", dessen Identifizierung mit dem englichen: "Right or wrong, my country" aus seiner anderen Sinngestaltung unberechtigt ist. Ist also die Gemeinschaft richtunggebend, so muß auch die Stellung des einzelnen dieser untergeordnet werden. Heute geht es nicht mehr darum, was der einzelne zur Erhaltung und Förderung seiner Persönlichkeit verlangen kann, sondern was ihm die Gemeinschaft an Rechten und Befugnissen zuzubilligen vermag[24]). Damit hat die individuelle auf sich gestellte Persönlichkeit aufgehört zu bestehen und ist hineingewachsen in das allumfassende Gebilde der Gemeinschaft. Diese wird zur Wesensgrundlage des einzelnen, aus der seine Berechtigungen und seine Verpflichtungen erwachsen. Aus einer Summe von Untertanen wird eine Volksgemeinschaft, deren Glieder gleich einer Kette für sich allein zur Bedeutungslosigkeit verurteilt sind und erst durch den Zusammenschluß zu einem Ganzen ihre Daseinsberechtigung erwirken. Aus der Einzelpersönlichkeit wird eine Gliedpersönlichkeit[25]), die nur insoweit lebensberech-

22) vgl. Adolf Hitler, Mein Kampf 3. Aufl. S. 433.
23) so Frick am 23. 10. 1936 vor der AkfDR.
24) vgl. Siebert a. a. O. S. 303 ff.
25) vgl. Schneider a. a. O. S. 158 ff.; Siebert, Rechtswissenschaft S. 23 ff.

tigt ist, als sie in der Gemeinschaft wurzelt. Diese Umwertung der Persönlichkeit zieht naturgemäß einen völligen Wandel in der Rechtsstellung des einzelnen nach sich.

Das Rechtsleben des einzelnen kennt keine Tätigkeit, die in einen gemeinschaftsfreien Raum fällt und es ihm erlaubt, nur so zu handeln, wie er es für richtig befindet[26]). Die Gliedhaftigkeit seiner Stellung bringt es mit sich, daß jede seiner Handlungen in irgendeiner Form die Gemeinschaftssphäre berührt. Mag es auch zunächst den Anschein haben, als ob die Gemeinschaft z. B. an der Ausgestaltung eines Schuldverhältnisses keine Interesse nimmt, so zeigt doch auch hier eine nähere Betrachtung, daß die Beziehungen der Vertragsschließenden den Gemeinschaftsgedanken unterliegen und je nach ihrer Bedeutung eine mehr oder minder große Beeinflussung erfahren. Dabei kann von den Preisbindungen, dem Ablieferungs- und Kontrahierungszwang als zum Teil zeitgebundenen Erscheinungen abgesehen werden. Der Vertrag hat die Aufgabe zu erfüllen, den Güteraustausch innerhalb der Gemeinschaft zu bewerkstelligen. An der ordnungsgemäßen Erfüllung dieser Aufgabe ist die Gemeinschaft interessiert, so daß in Zukunft Rechtsvorgänge des täglichen Lebens wie Kauf- und Mietverträge nicht mehr Dinge sind, die nur den einzelnen angehen[27]), sondern von der völkischen Gesamtordnung beeinflußt und beherrscht werden. Zwar wird man der Privatinitiative immer in einem gewissen Rahmen die Möglichkeit einräumen müssen, die Rechtsbeziehungen entsprechend den jeweils verschiedenen Bedürfnissen auszugestalten. Denn ohne jede Handlungsfreiheit würde der Tätigkeit des einzelnen der Anreiz zur produktiven Tätigkeit fehlen. Aber der grundlegende Unterschied zum früheren Zustand besteht darin, daß der Parteiwille nicht auf Grund einer ihm zustehenden Willensmacht herrscht, sondern nur kraft abgeleiteten Rechts[28]). Die Rechtsordnung stattet ihr Mitglied mit der Vollmacht aus, auf bestimmten Gebieten des rechtlichen Verkehrs sich frei zu betätigen. Damit wird nicht ein individueller Rechtskreis geschaffen und ein Einzelinteresse als solches anerkannt. Die Rechtsordnung als allein herrschende Hüterin des Gemeinschaftslebens verleiht diese Befugnis nicht, um die Interessen des einzelnen zu schützen und zu fordern, sondern weil in solchen Fällen am zweckmäßigsten das Gemeininteresse gewahrt wird. Zwar verlieh auch der Individualismus der Idee nach dem einzelnen deshalb die Freiheit des Handelns, weil er damit die Gesamtheit am besten zu fördern glaubte. Aber die Entwicklung ging einen anderen Weg. Man hatte schließlich nur noch die Hand-

26) vgl. Schneider a. a. O. S. 159.
27) vgl. Larenz a. a. O. S. 31 ff.; Siebert, Handbuch S. 962 ff.; Stoll a. a. O. S. 414 ff. u.a.m.
28) vgl. Lange a. a. O. S. 3 ff.

lungsfreiheit des einzelnen im Auge, und war sich ihres Zusammenhanges mit dem Ganzen nicht mehr bewußt. Es bedarf heute deshalb einer besonderen Betonung der Erkenntnis, daß ein Einzelinteresse immer nur insoweit als rechtlich relevant anerkannt werden kann, als damit gleichzeitig dem Gemeininteresse Genüge geschieht. Oder umgekehrt: Die künftige Rechtsordnung kennt nur den Schutz der Gemeinschaftsinteressen, ihre Rechtsvorschriften werden zwar für den einzelnen, aber nicht seinetwegen, nicht in seinem Interesse erlassen. Das Individualinteresse wird zum Bestandteil des Gemeininteresses. Ein subjektives Recht in früherem Sinne existiert nicht mehr, der Unterschied zwischen subjektivem Recht und objektiver Privatrechtsordnung entbehrt damit gleichfalls der Grundlage. Diese war bisher dazu da, die subjektiven Rechte des einzelnen in den der Gesamtheit zuträglichen Bahnen zu halten und den Parteiwillen insoweit mit Rechtswirkungen auszustatten[29]). Der durch sie herbeigeführte Gegensatz zwischen Können und Dürfen, der zu kompromißartigen Lösungen führte, ist einem Gemeinschaftsdenken gewichen, das aus der engen Verbindung von Recht und Pflicht die Anforderungen der Gemeinschaft zum wesensnotwendigen Inhalt der Einzelberechtigung werden läßt[30]). Die Rechtsordnung erhält damit die Aufgabe, dem Gemeinschaftsleben im rechtlichen Verkehr gestaltende Kraft zu verleihen und wird damit zu einer alles umfassenden Lebensordnung. In ihr findet das Leben der Gemeinschaft und das Leben in der Gemeinschaft seine maßgebliche Form. Aus dem Inbegriff der die Individuen beherrschenden Rechtssätze[31]) entsteht eine Ordnung, die das Leben der Gemeinschaft und damit der Volksgenossen gewährleistet. Die objektive Privatrechtsordnung wird zu einer völkischen Lebensordnung und stellt das Verhältnis von Einzelperson und Gemeinschaft auf eine völlig neue Grundlage.

III. Der Prozeß und die Gemeinschaft.

Da man im Prozeß bisher im wesentlichen zu sehr ein Mittel zur Durchsetzung privater Ansprüche sah, wird man die Aufgabe und den Zweck des Verfahrens in Zukunft anders bestimmen müssen. An sich wird natürlich auch künftig der Zivilprozeß immer ein Streit zweier Individuen bleiben und dementsprechenden Charakter tragen müssen. Doch ist der Streit von anderer Warte aus zu sehen. Früher berührte er den Staat nur insofern, als es diesem

29) vgl. Stoll a. a. O. S. 414 ff.

30) vgl. Siebert, Handbuch S. 961: „Die vom Gemeinschaftsgedanken getragenen Begrenzungen sind jetzt ... natürliche und selbstverständliche Gestaltungen des Inhalts der Rechte."

31) vgl. Crome a. a. O. S. 64.

darum ging, die Beziehungen der Parteien durch einen allgemein verbindlichen Spruch festzulegen. Es blieb dabei recht eigentlich der Prozeß eine Privatsache der Parteien, die die Allgemeinheit in den meisten Fällen nicht sonderlich interessierte. Man war der Ansicht, daß mit der Entscheidung über den geltend gemachten Anspruch auch zugleich der Rechtsordnung der notwendige Schutz widerfahre und somit das allgemeine Interesse hinreichend gewahrt sei. Hier muß insofern ein Wandel eintreten, als man den Schutz der Rechtsordnung mehr in den Mittelpunkt jeder gerichtlichen Entscheidung zu stellen hat. Denn die Gemeinschaft ist an der Durchsetzung dieser Rechtsordnung als ihrer Lebensordnung besonders interessiert, weil sie die Handhabe dazu bietet, ihren Lebensinteressen die erforderliche Berücksichtigung zu verschaffen. Das möge an einem Beispiel kurz erläutert werden. Nach § 906 BGB. sind Immissionen insoweit nicht unzulässig, als die Einwirkung die Benutzung des Grundstücks nur unwesentlich beeinträchtigt oder ortsüblich ist.

Waren bisher diese Voraussetzungen nicht gegeben, so mußte der Immissionsklage stattgegeben werden. Heute geht es nicht mehr in erster Linie um die Entscheidung des Einzelanspruchs, so wie er von der Partei von ihrem Standpunkt aus gesehen wird, sondern um das größere Ziel der Wahrung der Rechtsordnung in einem dem Gemeinwohl entsprechenden Sinne. Diesem Erfordernis trägt das OLG. Kiel[32]) in einer Entscheidung Rechnung, wenn es ausführt, daß die Widerrechtlichkeit einer Einwirkung dann verneint werden müsse, wenn auf Seiten des Einwirkenden volkswirtschaftlich wichtige Werte auf dem Spiele stehen, die Voraussetzungen des § 906 aber nicht vorliegen, weil es z. B. an dem Erfordernis der Ortsüblichkeit fehlt. Daß der Einwirkende durch sein Handeln für die Allgemeinheit gleichzeitig seine eigenen wirtschaftlichen Interessen wahrnehme, ändere an der Beurteilung nichts. Dieser Einstellung kommt eine über den entschiedenen Fall hinausgehende Bedeutung zu. Es kann nicht eingewandt werden, daß es Aufgabe des Gesetzgebers sei, in solchen Fällen die notwendigen Maßnahmen zu ergreifen. Denn es hat heute der Richter in jedem Falle zunächst einmal die Belange der Allgemeinheit abzuwägen. Das heißt aber nichts anderes, als der Rechtsordnung, die das Gemeininteresse zu verkörpern allein imstande ist und die sich nicht auf das geschriebene Gesetz beschränkt, die nötige Beachtung zu verschaffen. Daran würde es fehlen, wenn man sich im Falle der Immissionsklage eng an die Voraussetzungen des § 906 halten würde. Man hätte damit nur dem Einzelinteresse Rechnung getragen.

32) vgl. O.L.G. Kiel vom 16. 4. 1937 in D.Just. S. 1231.

Der Rechtsordnung in ihrer gewandelten Bedeutung kommt deshalb im Prozeß besondere Beachtung zu. Sie erleidet, gleich um welchen Streit es sich handelt, immer eine Störung, die der Prozeß zu beseitigen hat. Mit der Verwirklichung der völkischen Ordnung übernimmt der Zivilprozeß daher eine Aufgabe, die sich nicht mehr in dem Schutz des Einzelinteresses erschöpft[33]). Es liegt zwar in der Natur der Sache, daß dieser Schutz nach wie vor Gegenstand des Prozesses bleibt, er ist aber nicht mehr sein Ziel und sein Zweck, sondern lediglich seine Folgeerscheinung. Die Verwirklichung der Rechtsordnung wird in vielen Fällen eine Befriedigung des privaten Interesses nach sich ziehen. Mit unbedingter Notwendigkeit ergibt sich jedoch diese Folgerung nicht mehr. Allgemeininteressen und Einzelinteressen können durchaus einmal auseinander fallen. Es ist deshalb festzustellen, daß die Gemeinschaft von dem Prozeß in erster Linie die Durchsetzung der Rechtsordnung zum Schutze ihres eigenen Bestandes erwartet, wobei das Interesse des einzelnen in der Regel eine Befriedigung erfährt, aber nicht auf jeden Fall erfahren muß[34]).

Ist somit der Prozeß der wichtigste Garant für die Aufrechterhaltung der Ordnung im Rechtsverkehr, so muß notwendigerweise das Interesse der Gemeinschaft an seiner Einrichtung und der Art seines Ablaufs zunehmen. Dem wird man nicht gerecht, wenn man mit Stein-Jonas[35]) ein Interesse des Staates daran leugnet, worüber im Einzelfall entschieden wird, was die Parteien begehren und wie der Prozeßstoff zusammengetragen wird. Das hieße, den privaten Charakter einer öffentlichen Einrichtung zu sehr betonen. Gewiß ist zuzugeben, daß das Parteiverhalten in jedem Prozeß in gewissem Maße Berücksichtigung finden muß, da ja den Gegenstand des Prozesses ein Privatrecht bildet. Diesem Parteiverhalten müssen aber in einem Verfahren, dem vor allem der Schutz der Rechtsordnung obliegt, bestimmte Grenzen gesetzt werden. Solange sich das Einzelinteresse mit der durch die Rechtsordnung verkörperten Anschauung deckt, bestehen keine Bedenken, dem Parteiwillen entsprechend Rechnung zu tragen. Da aber in einem Prozeß eine solche Übereinstimmung nicht immer vorliegt, ist der Staat gezwungen, seinen Einfluß auf Gang und Inhalt des Verfahrens in

33) In dieser Richtung dürften auch die im Schrifttum vertretenen Ansichten liegen, die sich im allgemeinen mit Wendungen, wie, es gehe darum, die gestörte Lebensordnung der völkischen Gemeinschaft wieder herzustellen, begnügen. Vgl. hierzu Seydel a. a. O. S. 505; Bernhardt a. a. O. S. 71; Engelhardt a. a. O. S. 386; Schneider a. a. O. S. 158/9.

34) In etwas abgeschwächter Form kommt dieser Grundsatz in dem Vorspruch zu dem Abänderungsgesetz vom 27. 10. 1933 zum Ausdruck: „Die Parteien ... müssen sich bewußt sein, daß die Rechtspflege nicht nur ihnen, sondern zugleich und vornehmlich der Rechtssicherheit des Volksganzen dient."

35) a. a. O. Vorb. § 128 Ziff. I, 1.

einer dem Allgemeininteresse entsprechenden Form geltend zu machen. Es kann ihm nicht immer gleichgültig sein, was die Parteien begehren und auf welche Weise die Urteilsgrundlage beschafft wird. Wenn der Staat schon einmal genötigt ist, in Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe seine Machtmittel einzusetzen, geht sein Interesse an der Aufrechterhaltung der Rechtsordnung allen privaten Belangen vor. Es wird deshalb auch die Tendenz einer neuen Prozeßordnung sein müssen, den Einfluß des Parteiverhaltens überall dort zurückzudrängen, wo das Interesse der Partei einer dem Gemeinwohl entsprechenden Entscheidung abträglich ist.

Die Aufgabe des Prozesses, Hüterin der Rechtsordnung zu sein, ist damit jedoch noch nicht erschöpft. Es ist schon darauf hingewiesen worden, daß die Z.P.O. von 1877 der sozialen Bedeutung des Verfahrens nicht gerecht zu werden vermochte. Man hat inzwischen erkannt, daß der Prozeß keine Einzelerscheinung mehr ist, und würdigt ihn als „soziale Tatsache"[36]), als eine Massenerscheinung von tiefgreifenden sozialen Folgen. Schon Franz Klein[37]) trug bei der Schaffung der österreichischen Z.P.O. dem Umstande Rechnung, daß der Prozeß ein soziales Übel sei, das mit Geld- und Zeitverlust, mit einer unfruchtbaren Bindung von Kapitalien verbunden ist und das Zusammenleben der Menschen durch Erwecken von Haß und Rachsucht vergiftet. Auch Kisch[38]) betont die nachteiligen Folgen eines Prozesses und hebt besonders die durch Übernahme des Prozeßrisikos hervorgerufene wirtschaftliche Unsicherheit, die Kostspieligkeit und den unproduktiven Aufwand hervor. So soll im Jahre 1924 bei vorsichtigster Schätzung der Streitwert aller Prozesse über eine halbe Milliarde Mark betragen haben, woraus sich ersehen läßt, welch große Menge von Kapital dem Kreislauf der Wirtschaft zeitweilig entzogen wird bzw. zum Teil auf immer verloren geht. Alle diese Nachteile verschärfen sich um so mehr, je länger ein Prozeß dauert. Dabei darf auch nicht vergessen werden, daß das wertvollste Gut des Volksgenossen, die Arbeitskraft, für die Dauer des Rechtsstreits in unproduktiver Weise in Anspruch genommen, ja teilweise überhaupt gelähmt wird. Man braucht hierbei noch nicht einmal an Prozesse zu denken, von deren Ausgang die wirtschaftliche Existenz einer Person oder gar eines ganzen Unternehmens abhängt. Je länger ein Prozeß sich hinzieht, desto mehr zermürbt die drohende Ungewißheit über seinen Ausgang die Kräfte der Parteien. Gewiß heißt es, für sein Recht zu kämpfen und auch Opfer zu bringen. Diesen Kampf

36) So Kisch, soz. Bedeutung S. 5 ff.
37) vgl. den Nachweis bei Sonnen a. a. O. S. 73.
38) soziale Bedeutung a. a. O. S. 5 ff.

gilt es aber abzukürzen und auf das notwendigste Maß von sozialen und seelischen Belastungen zurückzuführen. Und zwar scheint dieses Ziel umso erstrebenswerter, als damit nicht nur den Interessen der streitenden Parteien, sondern der Gemeinschaft ein Dienst erwiesen wird. Denn die sozialen Schäden eines Prozesses wirken sich infolge der gliedhaften Stellung des einzelnen immer auf die Gesamtheit aus. Jeder Prozeß gewinnt eine wirtschaftliche und soziale Verbundenheit mit dem übrigen Volksleben[39]). Es gilt deshalb, die durch den Prozeß festgelegten Vermögenswerte baldmöglichst wieder frei zu machen, damit sie an wirksamerer Stelle zum Wohle des Ganzen eingesetzt werden können. Das mit jedem Prozeß verbundene Risiko muß herabgemindert und der Aufwand an Kosten in das richtige Verhältnis zum Streitobjekt gesetzt werden. Die Kräfte der Gemeinschaftsmitglieder sind baldigst wieder der Arbeit an den von der Gemeinschaft gesetzten Zielen zuzuführen, und nicht zuletzt heißt es, den innerhalb der Parteien durch den Prozeß heraufbeschworenen Unfrieden wieder zu beseitigen und eine nicht nur scheinbare Aussöhnung zu erwirken. Es soll in anderem Zusammenhang erörtert werden, inwieweit zur Erfüllung solcher Aufgaben der Prozeß in Zukunft nicht nur auf das Richten, sondern auch auf das Schlichten abgestellt werden muß. Jedenfalls wird an den aufgezeigten Zielen erkennbar, daß der Prozeß ein Friedenswerk zu erfüllen hat, und daß die Wiederherstellung des Rechtsfriedens für die Gemeinschaft von großer Bedeutung ist. Es liegt in der Natur der Sache, daß der Prozeß umso wertvoller für die Gemeinschaft wird, je schneller es ihm gelingt, im Einzelfall dieses Ziel zu erreichen. So übernimmt der Prozeß mit dem Schutz der Rechtsordnung und der Herstellung des Rechtsfriedens Aufgaben[40]), die ihn vom Wächter der Einzelinteressen zum Diener an der Gemeinschaft erheben.

IV. Folgen der Neugestaltung des Verfahrenszwecks.

Ist der Prozeß aus einer Angelegenheit der Parteien eine das ganze Volk angehende Einrichtung geworden, so muß der Allgemeinbedeutung des Verfahrens in all seinen Teilen auch entsprechend Rechnung getragen werden. Hier soll nur in zweifacher„ allerdings grundlegender Beziehung auf die Auswirkungen der neuen Grundeinstellung eingegangen werden. Und zwar ist das Verhältnis des Richters zu den Parteien und die

39) Schoan a. a. O. S. 138.

40) vgl. Volkmar, Handbuch S. 1496. „(Es) ... hat der Zivilprozeß die doppelte Aufgabe, die Durchsetzung unserer Privatrechtsordnung zu gewährleisten, und den Rechtsfrieden zu sichern."

Frage der „materiellen Wahrheit" in den Grundzügen festzulegen, um damit einen Ausgangspunkt für die kommende, eigentliche Untersuchung zu gewinnen.

Die Stellung des Richters im Verfahren muß sich wandeln, seine Rechte und Pflichten gegenüber den Parteien bedürfen einer neuen Abgrenzung. Der Richter wägt ja nicht mehr nur die Interessen der einzelnen gegeneinander ab, sondern wird im Interesse einer höheren Ordnung tätig und stellt das gestörte Gleichgewicht innerhalb der Gemeinschaft wieder her. Damit ist ihm ein erhöhtes Maß von Verantwortlichkeit übertragen, und seine Person bürgt für eine schleunige und zugleich sichere Abwicklung des Verfahrens. Eine erhöhte Verantwortlichkeit bedingt eine Steigerung seiner Machtbefugnisse. Der Richter darf nicht mehr durch ein Netz von Verfahrensregeln in der Ausübung seines Amtes gehemmt werden. Zwar wird man auf die Innehaltung gewisser formeller Vorschriften nicht verzichten können. Sie haben aber nicht mehr die Aufgabe, den Gang des Verfahrens im Interesse der Parteien festzulegen und vor vermeintlichen Übergriffen des Richters zu schützen. Verfahrensvorschriften können nur noch den Zweck haben, dem Richter die Aufgaben zu erleichtern und haben ihm als Richtschnur zu dienen, wie er am zweckmäßigsten den einzelnen Rechtsfall anzugreifen und abzuwickeln hat. Damit werden die Parteien nicht der richterlichen Willkür ausgeliefert. Denn die Stellung des Richters garantiert durch die der Gemeinschaft gegenüber begründete Verantwortlichkeit eine auch letzthin im Interesse der Parteien liegende Durchführung des Verfahrens, ohne daß oder gerade weil keine den Rechtsgang hemmende Sicherheitsklauseln vorhanden sind. In demselben Maße wie die Machtbefugnisse des Richters zunehmen, muß der Einfluß der Parteien auf den Gang und den Inhalt des Verfahrens sinken, da diese immer geneigt sind, auf den Prozeßgang im Sinne ihrer eigennützigen Interessen einzuwirken. Dem Richter sind soviel Machtmittel an die Hand zu geben, daß er für die Dauer und auch in den durch die menschliche Einsicht gesetzten Grenzen für den Ausgang des Verfahrens verantwortlich gemacht werden kann. Das ist um so eher möglich, als auch der Anwalt nicht einseitiger Interessenvertreter der Partei ist, sondern den Richter in der Aufgabe der Rechtsfindung nach besten Kräften zu unterstützen hat. Es wird also in dem Verhältnis von Richter und Parteien eine weitgehende Aktivierung des Gerichts Platz greifen und der noch vorhandene Rest einer abwartenden Neutralitätsstellung des Richters fallen müssen. An Stelle der „Parteiherrschaft" tritt eine starke und zielbewußte Prozeßleitung. Die Parteien verhandeln nicht mehr vor dem Gericht und nicht mehr mit dem Gericht, sondern der Richter übernimmt die Verhand-

lung unter Heranziehung der Parteien zu tatkräftiger Mitarbeit[41]).

Das Problem der **materiellen Wahrheit** hat schon zu allen Zeiten die Gemüter der Wissenschaft und Praxis bewegt und in der geltenden Z.P.O. keine eindeutige Beantwortung erfahren. Der Begriff der formellen im Gegensatz zur materiellen Wahrheit stammt nach Bülow[42]) aus dem solemnis ordo judicii des kanonischen Prozeßrechts und hat m. E. bisher keine glückliche Grundlage für die Behandlung des Problems abgegeben. So wurde denn auch von verschiedenen Seiten eine derartige Unterscheidung nicht anerkannt[43]) und besonders von Bülow mit dem Hinweis bekämpft, daß diese aus einer der dunkelsten Wissenschaftsepochen stammende wahrheitswidrige Denkweise, die glaube, allen Menschen die Wahrheit aufzwingen zu können, unbedingt aus unserer Wissenschaft verbannt werden müsse. Es ist hier nicht am Platze, den Wahrheitsbegriff als solchen zu untersuchen, und, wenn die beiden Bezeichnungen hier noch verwandt werden, so nicht deshalb, weil die Auffassung von der Existenz einer doppelten Wahrheit ebenfalls vertreten werden soll, sondern weil die darin begriffenen Gegensätze auf eine kürzere Formel nicht gebracht werden können. Man hat vielfach geglaubt, die V.-m in das Problem mit hineinziehen zu müssen, und sah in der Untersuchungsmaxime das Prinzip der materiellen und in der V.-m das der formellen Wahrheit verwirklicht[44]). Man rechtfertigte die Entscheidung, daß der Prozeß nur die Feststellung der formellen Wahrheit beabsichtige, damit, daß die materielle Wahrheit sich nur dann ermitteln lasse, wenn der Richter gehalten sei, mit allen ihm zu Gebote stehenden Mitteln, die Wahrheit zu untersuchen. Da solches Vorgehen aber dem Zweck eines Zivilprozesses widerspreche, könne es also nur auf die Ermittlung der formellen Wahrheit ankommen. Es entsprach auch der damaligen Einstellung, den objektiven Wahrheitszweck für das Verfahren um deswillen nicht anzuerkennen, weil man darin eine Verfügungsbeschränkung der Parteien hinsichtlich der freien Gestaltung des Tatbestandes sah. Besonders Wach hat die Auffassung der damaligen modernen Prozeßrechtswissenschaft, die materielle Wahrheit mehr in den Vordergrund zu stellen, bekämpft und die Z.P.O. gegen diesen, wie er sich selber ausdrückt, jugendfrischen, aber von der Z.P.O. nicht geteilten Standpunkt verteidigt. Er hat darauf hingewiesen, daß die Geständnisfolgen, die vorhandenen Fälle der Beweisregeln und die Verteilung der Beweis-

41) vgl. Kisch a. a. O. S. 203 ff.
42) a. a. O. S. 233—37.
43) Hegler a. a. O. S. 248 u.a.m.
44) vgl. auch für das folgende Zitat Wach a. a. O. S. 148.

last[45]) als ein Operieren mit aufgezwungenen Wahrscheinlichkeiten das Prinzip der formellen Wahrheit verkörpern. Versuche, wie der von Pagenstecher, der diese Vorschriften nicht für geeignet hält, die Erforschung der Wahrheit zu hindern und der den Dispositivakten der Parteien wie dem Anerkenntnis, dem Geständnis uusw. materiellrechtliche Wirkungen beilegt, um ihre Folgen mit der wahren Rechtslage in Einklang zu bringen, vermögen allerdings nicht zu überzeugen[46]). Trotzdem ist die Begründung von Wach keinesfalls durchschlagend. Sicher ist ihm zuzugeben, daß der wirkliche Sachverhalt nicht immer ergründet werden kann. Daraus aber das Prinzip abzuleiten, daß der Prozeß nur die Feststellung der formellen Wahrheit zum Ziele habe, ist logisch nicht gerechtfertigt. Weshalb soll man aufhören, einem Grundsatz nachzustreben, weil man erkennen muß, daß er sich restlos nicht verwirklichen lassen wird? Beweisregeln und die übrigen Vorschriften haben ja auch nicht den Zweck, die materielle Wahrheit zu verdecken; ihre Ermittlung läßt sich nur aus einer gewissen Unvollkommenheit heraus nicht in allen Fällen erreichen. Bei dem ganzen Kampf um das Problem der Wahrheitsforschung zeigt sich eben deutlich, daß von der rein prozeßtechnischen Seite her eine solch grundlegende Frage keine endgültige Förderung erwarten kann, wenn es an der einheitlichen geistigen und politischen Grundlage fehlt. Trotzdem schritt die Entwicklung wenigstens insoweit vorwärts, als man in der V.-m nicht mehr den Grundsatz der formellen Wahrheit begründet sah.

Auch innerhalb dieser Maxime sollte in den durch sie gezogenen Grenzen der ursprüngliche Sachverhalt ermittelt werden können. Man überließ nur die Verantwortung dafür den Parteien und glaubte, daß ihr gegensätzliches Interesse besser die Wahrheit an den Tag bringe als dies eine gerichtliche Untersuchung zu tun vermöge. Daneben galt es allerdings als selbstverständlich, das Gebiet der Geltung der sog. formellen Wahrheit in seinem bisherigen Umfange zu belassen.

Wenn man also auch für das heutige Verfahren nicht die Feststellung treffen kann, daß es an der Ermittlung der Wahrheit nicht interessiert sei, so scheint es doch erforderlich, die Notwendigkeit, den wahren Sachverhalt festzustellen, für den kommenden Prozeß **mehr** als bisher zu betonen. Vor allen Dingen genügt es nicht, nur ein entsprechendes Postulat aufzustellen, sondern das Verfahren muß auch

45) vgl. in diesem Zusammenhang Birkmeyer a. a. O. S. 222 „So ist die Beweislast die geborene Feindin der materiellen Wahrheit und muß schon als solche samt ihrer Erzeugerin, der Rechtsvermutung, im Offizialverfahren beseitigt werden.

46) a. a. O. S. 145 ff. Dagegen Heim a. a. O. S. 145.

Vorschriften enthalten, die eine bessere Durchführung des Grundsatzes gewährleisten als es in der geltenden Z.P.O. möglich ist. An der Bedeutung der Feststellung der materiellen Wahrheit kann in Zukunft kein Zweifel sein. Es muß oberstes Prinzip für den Richter werden, der Gerechtigkeit durch ein dem wahren Sachverhalt entsprechendes Urteil zum Siege zu verhelfen. Denn es stehen ja nicht mehr Einzelinteressen auf dem Spiel, so daß es dem Staat gleichgültig sein könnte, ob schließlich A. oder B. als Eigentümer der Sache X festgestellt wird. Der Prozeß steht im Dienst der Gemeinschaft und hat der verletzten Rechtsordnung zur Durchsetzung zu verhelfen. Die Gemeinschaft hat ein wesentliches Interesse daran, daß dem einzelnen nur das zugesprochen wird, was die Rechtsordnung als Lebensordnung der Gesamtheit ihm jeweils zubilligt. Nur der nach der Rechtsordnung wirklich Berechtigte hat einen Anspruch darauf, geschützt zu werden, und der Staat würde seine eigenen Gesetze negieren, wenn es ihm darauf ankäme, unabhängig von der materiellen Rechtslage die Beziehungen der Parteien festzulegen. Die Rechtsschutzpflege kann ihrer Aufgabe, der Volksgemeinschaft zu dienen, nicht gerecht werden, wenn sie geschehenes Unrecht durch ihren Spruch sanktioniert und diesem damit den Anschein des Rechts verleiht, sondern nur, wenn sie die vom einzelnen ausgehende Störung der Rechtsordnung beseitigt. Vorbedingung dazu ist die Ermittlung des wirklichen Sachverhalts. Es kann deshalb der Ansicht von Kisch[47]), daß unter Umständen dem Bestande der Rechtsordnung die Beseitigung der Ungewißheit durch eine mit der materiellen Rechtslage sich nicht deckende Entscheidung auch dienlich sein könne, nicht zugestimmt werden. Eine formale Rechtssicherheit in diesem Sinne kann lediglich im Interesse einer Rechtsordnung liegen, die gewissermaßen nur ordnungspolizeilichen Charakter trägt. Dagegen muß eine völkische Ordnung, die die Grundlagen für das Leben der Gemeinschaft abgibt und die Rechtsstellung des einzelnen gestaltet, erhöhten Wert darauf legen, daß in einem Rechtsstreit nicht gegen ihre Normen entschieden wird.

Allerdings kann an der Beseitigung der Ungewißheit ohne Rücksicht auf die wirkliche Rechtslage der Gemeinschaft in bestimmten Fällen ebenfalls gelegen sein. Der Prozeß hat ja nicht nur die Wahrung der Rechtsordnung zur Aufgabe, sondern soll auch den Rechtsfrieden auf möglichst schnelle Weise wiederherstellen. Diese Ziele lassen sich nicht in jedem Fall miteinander vereinigen, und hier beginnt gerade die Schwierigkeit des Problems der Wahrheitsforschung. Während dem Schutze der Rechtsordnung schon ein Ver-

47) D.J.Z. 36. 327.

fahren dient, das die Erforschung des materiellen Rechts in den Vordergrund stellt, verlangt die Wiederherstellung des Rechtsfriedens in erster Linie einen Rechtsgang, der auf möglichste Beschleunigung und baldige Beendigung des Streits abgestellt ist. Walsmann[48]) hat nachzuweisen versucht, daß die Wiederherstellung des Rechtsfriedens als eigentlicher Prozeßzweck zu gelten habe und die Wahrheitsforschung sich diesem unterordnen müsse. Es ist aber m. E. untunlich, eine solche absolute Entscheidung nach der einen oder anderen Seite zu treffen, da sie in ihrer Verallgemeinerung nicht den Anspruch auf praktische Durchführbarkeit erheben kann. Wenn auch Walsmann betont, daß das Verfahren nicht von dem Prozeßwerk beherrscht werden darf, sondern Verfahrensbestimmungen sich nur nicht dazu in Widerspruch zu setzen haben, so hat das von ihm gewonnene Ergebnis doch die Feststellung zur Folge, daß in Zweifelsfällen dem Erfordernis der Schleunigkeit der Vorzug vor dem der Richtigkeit zu geben ist. Mag diese Forderung auch durch das Postulat der Zweckmäßigkeit einen gewissen Ausgleich erfahren, so trägt sie doch zu sehr schematischen Charakter und entspricht auch nicht mehr der heutigen Vorstellung von der Wichtigkeit der Wahrheitsermittlung. Es ist deshalb zweckmäßig, nicht eine generelle Lösung zu treffen, sondern im Einzelfall zu entscheiden, ob der eine Grundsatz zu Gunsten des anderen zurückzutreten hat. Diesen Weg scheint in etwa auch Kisch einzuschlagen, wenn er z. B. das einseitige Vorbringen zum Nachteil einer Partei, die die gebotenen Prozeßmöglichkeiten nicht ausnutzt, im Interesse der Vereinfachung und Beschleunigung dem Urteil zu Grunde legen will, im übrigen aber die Notwendigkeit einer materiell richtigen Entscheidung dort anerkennt, wo die Volksgemeinschaft oder auch nur eine der Parteien an der Ermittlung der wahren Sachlage interessiert ist[49]). Es wird sich noch im Laufe der Untersuchung ergeben, inwieweit das eine oder das andere Erfordernis Beachtung verdient. Es mag zunächst einmal genügen, auf die Bedeutung der Wahrheitsermittlung, die Notwendigkeit einer strengeren Durchführung und den Zusammenhang mit der Aufgabe der Herstellung des Rechtsfriedens hingewiesen zu haben. Der Zweck der bisherigen Untersuchung war ja auch nur der, die Richtlinien zur Neuorientierung des Verfahrens, soweit sie für die Abgrenzung von Richter- und Parteimacht von Bedeutung sind, klar zu legen.

48) a. a. O. S. 414 ff.
49) a. a. O. S. 327.

Dritter Teil:

Verstärkung des richterlichen Prozeßleitungsamtes als Ausgleich zwischen Verhandlungs- und Untersuchungsmaxime.

I. Verhandlung- und Untersuchungsmaxime und ihre Unterschiede.

In der Frage, ob die V.-m eine der Bedeutung des künftigen Verfahrens entsprechende Abgrenzung für die Einflußnahme von Richter und Parteien auf dem Gebiete der Stoffsammlung abzugeben vermag, sind die Ansichten sehr geteilt[1]). Der Streit um die beiden Prozeßgrundsätze ist so alt wie diese selbst. Immer aber war es ein Kampf um Prinzipien, während die eigentlichen diesen zu Grunde liegenden Rechtssätze weit weniger beachtet wurden. Gewiß ist hier und da der Versuch unternommen, das Trennende zu überbrücken, die Vereinbarkeit beider Maximen mit dem Prozeßzweck zu betonen und die Entscheidung für die eine oder andere lediglich von Zweckmäßigkeitserwägungen abhängig zu machen[2]), es ist aber nicht gelungen, den Streit um überkommene Begriffe seines theoretisch-schulmäßigen Charakters zu entkleiden und ihn auf eine praktische Erörterung der reinen Verfahrensregeln zu verweisen. Es genügte, einer in Vorschlag gebrachten Neuerung auf dem Gebiete des Prozeßrechts ihre angebliche Unvereinbarkeit mit der V.-m entgegenzuhalten, und man trat in eine Prüfung ihrer praktischen Folgen gar nicht erst ein[3]). So wäre der Entwicklung des deutschen Prozeßrechts weit mehr gedient gewesen, wenn die Begriffe V.-m und U.-m nie geprägt worden wären. Sie haben das Problem, wie die Stoffsammlung zu gestalten sei, nicht fördern können, sondern sind in Wahrheit immer nur ein Hemmschuh des Fortschritts gewesen. Auch heute leidet die Erörterung unter demselben Fehler. Hier V.-m, hier U.-m, so lautet der Kampfruf, und man vergißt darüber, wie man praktisch die Entwicklung unseres sicherlich nicht vollkommenen Prozeßgesetzes in dieser Hinsicht fördern könnte.

---

1) Für Beibehaltung der V.-m. in dem bisherigen Umfange oder mit geringeren Abweichungen: Kisch, Private und öffentl. Bel. a. a. O. S. 10 ff.; D.J.Z. a. a. O. S. 915 ff.; Engelhardt a. a. O. S. 589; Stein-Jonas Vorb. § 128 Ziff. I 1; Lent a. a. O. S. 20 ff.; Blomeyer a. a. O. S. 475; Menschell a. a. O. S. 313 ff.; Fischer a. a. O. S. 473.

Dagegen: Schoan a. a. O.S. 138; Bernhardt a. a. O. S. 72; Deinhardt a. a. O. S. 478; Schneider a. a. O. S. 161; Ratz a. a. O. S. 22 ff.; Helm a. a. O. S. 230.

2) Vgl. z. B. Schultzenstein a. a. O. S. 30 ff. Vgl. auch Stein a. a. O. S. 86 ff.

3) Vgl. Welzel a. a. O. S. 11: „Es ist, als wäre die V.-m. eine heilige Wahrheit, ein unveränderliches Axiom, das für alle Zeiten Gültigkeit beanspruche."

Es soll deshalb zunächst einmal aufgezeigt werden, was eigentlich die beiden Grundsätze in ihrer praktischen Handhabung trennt. Von den Vertretern der V.-m wird zunächst meist nicht so sehr hervorgehoben, weshalb diese auch in Zukunft beizubehalten ist, als vielmehr, warum es nicht möglich ist, den Untersuchungsgrundsatz einzuführen. Es fehlt dabei fast immer an einer Erörterung der praktischen Folgen der U.-m, und man begnügt sich damit, den Grundsatz aus seiner vielleicht nicht immer richtig verstandenen Tendenz heraus abzulehnen. Und weil man sich gerade nicht über die Folgerungen klar zu werden versucht, verkennt man auch zwangsläufig den eigentlichen Wesensgehalt dieser im Laufe der Zeit viel geschmähten Maxime. Das Grundübel liegt darin, daß man sich zu sehr an den Ausdruck „Untersuchungsmaxime" klammert und glaubt, der Richter werde genötigt, eine ähnliche Tätigkeit wie im Strafprozeß zu entfalten. Dem ersten Anschein nach mag diese Auffassung nicht abwegig sein und hat deshalb auch entsprechenden Niederschlag in der Literatur gefunden. So erklärt denn schon Goenner, das Wesen der U.-m im Gegensatz zur V.-m darin begründet, daß der Richter nach seiner Aufforderung durch die Klage immer von Amts wegen zu handeln hat und daß die Handlungen der Parteien nur Beförderungsmittel zur Erleichterung der vom Richter anzustellenden Untersuchung bedeuten[4]). In dieser Richtung bewegen sich nach ihm meist alle Schriftsteller, die das Wesen der U.-m zu kennzeichnen versuchen. Nach Schultzenstein[5]) haben die Parteien nur Hilfe zu leisten, eine Anführungs- und Beweispflicht existiert nicht, das Parteivorbringen hat lediglich den Zweck, die der Behörde obliegende Ermittlung und Feststellung des Sachverhalts zu ermöglichen. Auch Weißler[6]) spricht von einer Ermittlungspflicht des Gerichts, die die Parteien der Behauptungs- und Beweislast entheben soll. Ebenfalls will Schmidt[7]) die Initiative bei der Vorbereitung des Urteils gänzlich dem Gericht überlassen, und die Parteiverhandlung soll lediglich „Hebel und Unterstützungsmittel für die selbsttätige richterliche Tatbestandsaufklärung abgeben." Die Beispiele ließen sich beliebig vermehren. Es ist nun klar, daß gegen die Zweckmäßigkeit einer solchen Richtertätigkeit bei der Stoffsammlung sich mancherlei Vorwürfe erheben lassen. Wie soll das Gericht, so fragt man sich, bei der heutigen Fülle von Rechtsstreitigkeiten überhaupt in der Lage sein, derartigen Anforderungen zu genügen? Der Staat würde mit einem Maß von Verantwortung und Arbeit belastet, das in keinem Verhältnis zum Erfolge stehen

4) a. a. O. S. 182 ff.
5) a. a. O. S. 30 ff.
6) a. a. O. S. 484 ff.
7) a. a. O. S. 417 ff.

würde[8]). So erklärt Kisch, daß es das gemeine Wohl nicht nur nicht erfordere, sondern geradezu verbiete, die Verantwortung für eine sachgemäße und vollständige Beibringung des Tatsachenmaterials den nächstinteressierten Parteien abzunehmen und auf die Volksgemeinschaft zu übertragen[9]). Außerdem befürchtet Lent, daß die Stellung der Parteien damit frei von jeder Verantwortung sein und so tief sinken würde, daß von einem Kampf um das Recht nicht mehr gesprochen werden könne. Es sei aber gerade notwendig, daß die Parteien ihre Person voll und ganz einsetzten und für ihre Rechtsüberzeugung auch einträten[10]).

Die Argumente lassen sich jedenfalls dahin zusammenfassen, daß es einmal nicht möglich sei, eine Lastenverteilung in diesem Umfange zu Ungunsten des Gerichts vorzunehmen, und es zum anderen nicht angebracht erscheine, die Parteien von der Behauptungs- und Beweislast zu entbinden und damit ihre für den Verlauf des Prozesses wertvolle Initiative auszuschalten.

Um diesen Einwendungen begegnen zu können, ist es zweckmäßig, sich zunächst einmal über den Verlauf eines von der Untersuchungsmaxime beherrschten Verfahrens klar zu werden. Dem Richter stehen hier nur dieselben Hilfsmittel zur Verfügung wie in jedem anderen Verfahren auch. Seine Tätigkeit erfährt keinerlei Vorbereitung oder Unterstützung wie die des Strafrichters, dem die Polizei, die Staatsanwaltschaft und der Untersuchungsrichter zur Seite stehen. Schon daraus ist ersichtlich, daß von einem „Inquirieren" im Sinne des Strafprozesses nicht die Rede sein kann. Das zeigt ja auch schon das jetzige Verfahren in Ehesachen, in dem der Richter von Amts wegen die Wahrheit zu prüfen hat und doch nicht die Polizei veranlaßt, Ermittlungen über den behaupteten Ehebruch anzustellen. Maßgebend sind immer und werden in jedem zivilprozessualen Verfahren bleiben die Parteibehauptungen. Sie allein sind imstande, den Richter mit dem Sachverhalt zunächst vertraut zu machen. Was soll der Richter, nachdem der Prozeß durch Klagerhebung seinen Anfang genommen hat, denn anderes tun, als sich zunächst einmal die Ausführungen des Klägers, soweit sie in der Klagschrift noch nicht enthalten sind, und die Gegenvorstellungen des Beklagten anhören, um sich ein Bild von dem Streitverhältnis machen zu können? Dabei ist es das ganz natürliche Streben der Parteien, soweit es ihnen möglich ist, alles dem Richter vorzutragen, was ihnen zur Begründung oder Abwehr des Anspruchs geeignet erscheint. Keiner Partei wird es einfallen, mit der Sachdarstellung zurückzuhalten, weil der Richter angeblich ver-

8) Vgl. Menschell a. a. O. S. 313.

9) Private und öffentl. Bel. a. a. O. S. 10 ff.; D.J.Z. a. a. O. S. 915 ff. Ferner Engelhardt S. 589, Levin S. 33.

10) a. a. O. S. 20 ff.

pflichtet ist, von sich aus an die Aufklärung des Streitverhältnisses heranzugehen. Die Parteien fragen nicht nach Maximen, sie suchen den Richter von ihrem Recht zu überzeugen und können es nach ihrer Meinung nicht besser tun, als daß sie ihm die ihnen günstigen Tatsachen unterbreiten. Es ist deshalb die Behauptung, daß bei der U.-m die Tätigkeit des Richters das eigentlich treibende Moment bei der Stoffsammlung sei, und daß das Parteivorbringen nur unterstützenden Charakter trage, rein theoretischer Natur und nicht der Wirklichkeit entnommen. Nicht anders steht es mit dem Vorwurf, daß die Parteien jeder Beweispflicht enthoben und deshalb auch die Grundsätze von der Beweislast überflüssig seien. Schon Goenner[11]) hat für die A.G.O. darauf hingewiesen, daß derjenige, der sich auf eine erhebliche, vom Gegner bestrittene Tatsache stützt, schuldig ist, „dem Richter die Mittel anzuzeigen, durch welche die Wahrheit derselben an den Tag gebracht werden kann." Ebenso hat Puchta[12]) mit Recht betont, daß die Beweise nicht von dem Richter, sondern vor dem Richter geführt werden. Auch Stein[13]) fühlt sich zu dem Hinweis veranlaßt, daß bei einer Wahrheitsprüfung von Amts wegen die Grundsätze von der Beweislast wie der Satz, daß die Parteien die Beweismittel zu beschaffen haben, volle Geltung besitzen, und er tritt energisch der oft wiederholten Behauptung entgegen, daß die Parteiinitiative in einem solchen Verfahren aufhöre, zu bestehen. Wie sollten denn die Parteien auch dazu kommen, die Hände in den Schoß zu legen und abzuwarten, ob es dem Richter vielleicht gelingt, von sich aus die strittigen Tatsachen unter Beweis zu stellen? Sie müßten befürchten, bestimmter Beweismittel, von denen der Richter keine Kenntnis erhalten kann, verlustig zu gehen. Der Wunsch, einen günstigen Ausgang des Prozesses herbeizuführen, wird deshalb die Parteien nicht nur veranlassen, sondern geradezu zwingen, dem Richter vorhandene Beweismittel anzugeben bezw. nach solchen zu forschen. Es ist deshalb auch falsch, die Geltung der Beweislast im technischen Sinne der Z.P.O. und des B.G.B. von der Herrschaft der V.-m abhängig zu machen[14]). Die Frage der Beweislast tritt nur in Erscheinung wenn am Ende eines Prozesses kein sicheres Beweisergebnis vorliegt[15]) und alle verfügbaren Beweismittel erschöpft sind. Es ist also ein Institut der Beweiswürdigung im weitesten Sinne[16]). Dabei muß es vollkommen gleichgültig sein, ob die Be-

11) a. a. O. S. 182 ff.
12) Prozeßleitungsamt a. a. O. S. 70 ff.
13) a. a. O. S. 86 ff.
14) So nämlich Stein-Jonas zu § 282 Ziff. IV 1 u. 2; Brodmann, Ziv.Arch.Pr. 98, 71 u.a.m.
15) R.G. 68 S. 357; 105 S. 7.
16) Schmidt, Z.Z.P. 32 S. 447.

weiserhebung vom Richter oder von den Parteien ausgegangen ist. Allein das Ergebnis ist maßgebend, daß eben nicht bewiesen ist. Wem sollte eigentlich in einem Offizialverfahren eine nicht bewiesene Tatsache zur Last gelegt werden, wenn nicht dem, der im andern Falle den Nutzen davon gehabt hätte. Es ist nicht richtig, daß es an dem im Begriff der Beweislast zum Ausdruck kommenden Moment des Druckes auf die Parteien, Beweise zu liefern, fehlt[17]). Genau so wie es verkehr ist, die Verantwortung für die Herbeischaffung des Prozeßstoffes, die bei der V.-m im wesentlichen den Parteien obliegt, einseitig dem Gericht aufbürden zu wollen. Dann würde konsequenter Weise jeder Richter, der eine von den Parteien nicht vorgetragene Tatsache oder ein nicht angegebenes Beweismittel ausläßt, sich regelmäßig einer Amtspflichtverletzung schuldig machen müssen. Es besteht somit auch in einem von der U.-m geleiteten Verfahren eine Last der Parteien, Tatsachen und Beweise zu liefern, sie wird auch immer von diesen als solche empfunden werden, nur von der Prozeßrechtswissenschaft wird sie, wenn auch nicht durchweg, geleugnet.

Bisher konnte festgestellt werden, daß beide Verhandlungsarten in einer sehr wesentlichen Beziehung nicht voneinander abweichen. Wo teilen sich nun praktisch die Wege? Auszugehen ist dabei von der Erscheinung, daß das Parteivorbringen in der Mehrzahl der Fälle keine genügende Aufklärung des Sachverhalts bringt. Jede Partei ist aus einem natürlichen Streben heraus bemüht, die Tatsachen nur so und nur insoweit vorzutragen, als sich daraus eine für sie günstige Rechtsfolge ableiten läßt. Unser Rechtssystem ist noch beherrscht von dem sog. Anspruchsdenken. Dadurch läßt sich die Partei allzu leicht verleiten, einen bestimmten Lebensvorgang zu zergliedern und nur Geschehnisse herauszusuchen, die dem dem Anspruch zu Grunde liegenden Tatbestand entsprechen. Ihre Darstellung weist deshalb namentlich zu Beginn des Verfahrens immer eine gewisse Einseitigkeit auf, sei es daß einzelne Tatsachen entweder überhaupt nicht oder in gefärbter, wenn nicht entstellter Form wiedergegeben werden. Hinzu kommt noch ein weiterer Umstand. Die Partei ist oft gar nicht in der Lage, den Sachverhalt vollständig und ordnungsgemäß vorzutragen. Unerfahrenheit, Unkenntnis, mangelnde Einsicht und Unvermögen sind dafür die Ursachen. Diesen in der menschlichen Eigensucht und Eigenart begründet liegenden Schwächen suchen V.-m und U.-m auf verschiedene Weise zu begegnen, und hierauf lassen sich recht eigentlich ihre praktischen Unterschiede zurückführen.

17) A. A. Stein-Jonas zu § 282 IV 2.

Die V.-m nimmt dabei vom Richter aus gesehen eine mehr passive Stellung ein. Zwar erkennt sie heute auch die Notwendigkeit an, in einem bestimmten Rahmen den wahren Sachverhalt zu ermitteln und festzustellen. Insoweit hat der Satz von Wach[18]), sie sei der Grundsatz der staatlichen Interesselosigkeit an der Streitsache, keine unbedingte Gültigkeit mehr. Aber die Verantwortung für die Beschaffung der wahren Urteilsgrundlagen überläßt sie nahezu ausschließlich den Parteien. Die Rechtfertigung findet man in folgendem: Wenn die Partei an der Wahrheit nicht interessiert ist und dazu neigt, einen falschen und lückenhaften Tatbestand vorzutragen, so soll das gegensätzliche Interesse der anderen für eine vollständige Aufklärung sorgen und die Entstellung des Sachverhalts verhindern. „Die wohltätige Hechel der kontradiktorischen Verhandlung" gilt als zuverlässiges Mittel dafür, daß der Tatbestand hinreichend von allen Seiten beleuchtet wird[19]). Der eigene Vorteil wird so zur Haupttriebfeder für die Erreichung des Wahrheitszwecks erhoben[20]). Inwieweit lediglich eine Parteikontrolle eine solche Aufgabe in Wirklichkeit zu erfüllen vermag, wird bald zu untersuchen sein. Wesentlich ist jedenfalls dabei, daß der richterlichen Aufklärungspflicht in diesem Zusammenhange entscheidender Wert nicht beigemessen wird, man hält es noch nicht einmal immer für nötig, sie überhaupt zu erwähnen.

Das Wesen der V.-m liegt aber nicht nur in der Selbstverantwortlichkeit der Parteien begründet. Hinzu kommt noch ein gewisses Selbstbestimmungs- und Verfügungsrecht über den Tatbestand. Man geht dabei davon aus, daß die materielle Verfügungsbefugnis der Parteien auch im Prozeß ihre Beachtung finden müsse und hält es deshalb für zulässig, daß die Parteien im gegenseitigen Einvernehmen dem Richter einen Tatbestand vortragen, der mit den ursprünglichen Geschehnissen nicht mehr übereinstimmt. Gehen deshalb zum Beispiel die Parteien übereinstimmend davon aus, daß ein Vertrag nichtig sei, so hat das Gericht keine Veranlassung, von diesen hierfür eine nähere tatsächliche Begründung zu verlangen, sondern hat unbeachtet etwaiger Bedenken die Nichtigkeit des Vertrages seiner Entscheidung zu Grunde zu legen[21]). Das bedeutet keinen Verstoß gegen den Grundsatz, daß der Richter in der rechtlichen und tatsächlichen Würdigung des Prozeßstoffes nicht an den Parteiwillen gebunden ist; es hängt das vielmehr mit der Tatsache zusammen, daß die Parteien die tatsächliche Entscheidungsgrund-

18) a. a. O. S. 40.
19) Stein Pr.W. S. 87/88.
20) Vgl. Pollack a. a. O. S. 69 ff.; Levin a. a. O. S. 33 ff.; Kisch, D.J.Z. S. 915 ff.; Lent a.a. O. S. 20 ff. Den Verantwortungsgedanken betonen besonders: Bülow, Fid.u.W. S. 86 ff.; Schmidt a. a. O. S. 417 ff.
21) Vgl. R.G. vom 4. 1. 12 in J.W. 1912 S. 285.

lage zu beschaffen haben und deshalb auch im beiderseitigen Einverständnis diese nach ihrem Belieben gestalten können. So sind denn die beiden Eckpfeiler der V.-m die Selbstverantwortlichkeit bei der Stoffsammlung und ein gewisses Verfügungsrecht in der Gestaltung des Tatbestandes.

Anders die U.-m. Sie tritt der Gefahr der unrichtigen Sachdarstellung durch die Parteien aktiv entgegen. Sie verzichtet sicherlich nicht auf deren Tätigkeit, soweit sie darauf abzielt, die Verschleierung des Tatbestandes durch die Gegenseite zu verhindern. Aber sie begnügt sich nicht mit der Parteikontrolle, sondern verpflichtet den Richter, seinerseits an der Findung der wahren Urteilsgrundlagen tätigen Anteil zu nehmen. Darin liegt der eigentliche Gegensatz zur V.-m, aus dem sich dann die praktischen Unterschiede für den Verfahrensgang ergeben. Das „Wie" der richterlichen Mitwirkungspflicht ist allerdings nicht in seinen Einzelheiten festzulegen. Jedenfalls ist die Vorstellung, daß nun der Richter alles von Amts wegen zu untersuchen und jede nur denkbare Möglichkeit aufzugreifen habe, unbegründet. Das Gebiet seiner Nachforschungen erleidet durch das Wesen des Zivilprozesses seine natürliche Schranken. Denn letzten Endes ist der Richter immer darauf angewiesen, Hinweise der Parteien auf das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein irgendwelcher Tatsachen aufzunehmen und daraufhin weitere Nachforschungen anzustellen. Dabei müssen sich die Anhaltspunkte nicht unmittelbar aus der Verhandlung ergeben. Vorbereitende Schriftsätze, vorgelegte Urkunden, sonstige Eingaben und Bekundungen der Parteien in anderen Prozessen so wie darüber hinaus das Akten- und Urkundenmaterial fremder Behörden werden einen willkommenen Fingerzeig zur Aufnahme weiterer Aufklärungstätigkeit abgeben können. Die Bedeutung derartiger Hilfsmittel darf allerdings nicht überschätzt werden. Das beweist schon das heutige Offizialverfahren. Das wesentlichste Mittel, den streitigen Lebensvorgang möglichst nach allen Seiten hin zu klären und offene Unwahrheiten von vornherein auszuräumen, ist immer noch in dem Recht, die Parteien ausfragen zu können, zu sehen. Diese Methode wird sich aber auch in vielen Fällen als sehr wirksam erweisen, wie später noch näher zu belegen ist.

Aus der Pflicht des Richters an der Erforschung der Wahrheit tatkräftig mitzuarbeiten, ist die Unabhängigkeit des Gerichts von dem Parteivortrag zu verstehen. Deshalb ist er befugt, ohne ausdrücklichen Antrag der Parteien sich aller Hilfsmittel nicht nur zur Ermittlung, sondern auch zur Feststellung des Tatbestandes zu bedienen. Gemeinhin wird der U.-m darüber hinaus die Wirkung beigelegt, daß der Richter nicht an das Geständ-

nis und an das „Nichtbestreiten" der Parteien gebunden ist. Allerdings trifft das für die Praxis nur in bedingtem Umfange zu. Wie die AGO., die als Typus eines von der U.-m beherrschten Verfahrens gilt, beweist, ist auch die Geltung formellen Rechts, das sich rein verfahrensmäßig ergeben hat, vorgesehen[22]). So verbot dem Richter im altpreußischen Prozeß das Geständnis einer Partei jede weitere Nachforschung[23]). Jedoch wird man dies als eine Ausnahme des Prinzips aufzufassen haben, da eine konsequente Durchführung der U.-m auch die Beseitigung oder zum mindesten die Einschränkung der bisher üblichen Geständnisfolgen verlangt. Fernerhin bedarf es kaum eines besonderen Hinweises, daß ein Selbstbestimmungsrecht der Parteien, soweit die Sachaufklärung in Frage steht, nicht anerkannt wird. Der Wahrheitszweck, der eine besonders starke Betonung erfährt, gestattet keine nachträglich Einwirkung der Parteien auf den Tatbestand. Als Ergebnis ist festzustellen: In einem von der U.-m beherrschten Verfahren trifft die Verantwortung für die Stoffsammlung nicht allein den Richter, dieser hat vielmehr nur in maßgeblicher Form an der wahrheitsgemäßen Ermittlung des Sachverhalts mitzuwirken. Die gegen die U.-m erhobenen Vorwürfe der Überlastung des Gerichts und der Ausschaltung der Parteiinitiative erscheinen somit nicht gerechtfertigt.

Vergegenwärtigen wir uns die Arbeitsweise des Richters in beiden Verfahrensarten, so sind gewiß die Unterschiede nicht zu verkennen. Aber ich glaube, daß sich die allgemeine Auffassung von der unbedingten Gegensätzlichkeit nicht aufrecht erhalten läßt. Der Unterschied ist nicht so groß, als daß er nicht überbrückt oder zu mindestens nicht verringert werden könnte. Es war schon darauf hingewiesen, daß die **eigentliche Aufgabe** des Richters bei der U.-m in einer möglichst intensiven Ausübung des Fragerechts besteht. Auch die V.-m kennt in dem **§ 39** eine Aufklärungspflicht, wenn natürlich auch in sehr viel schwächerer Form. Sie trägt in erster Linie einen streitordnenden und streitklärenden Charakter. Trotzdem ist damit ein Verbindungsstück gegeben. Je mehr man dieses Institut ausbaut, umso flüssiger werden die Grenzen zwischen beiden Maximen. Es ist das Verdienst von Puchta[24]), hierauf zunächst hingewiesen zu haben, und es ist nicht ihm, dessen Ausführungen heute besondere Beachtung verdienen, anzurechnen, wenn der schon vor einem Jahrhundert unternom-

22) Vgl. Puchta a. a. O. S. 70 ff.

23) Vgl. Pr.AGO. Teil I Tit. 10 § 82: „Wenn eine Tatsache in der Klage oder deren Beantwortung zugestanden worden, so bedarf es darüber keiner Beweisaufnahme; ..."

24) Vgl. Prozeßleitungsamt S. 88 ff. und 129 ff.

mene Versuch, einen praktischen Ausgleich zu schaffen, bisher auf wenig fruchtbaren Boden gefallen ist.

II. Von der fördernden Einwirkung des Richters auf die Parteien bei Ermittlung des Sachverhalts zur tätigen Mitwirkung.

Es ist festgestellt, was die beiden Maximen voneinander trennt. Keine verlangt ausschließliche Gültigkeit für sich, sondern eine Verbindung ihres Inhalts zu einer gemeinsamen neuen Form ist denkbar. Der künftige Prozeß hat die Rechtsordnung zu wahren und den Rechtsfrieden herzustellen. Wird er bei Erfüllung dieser Aufgaben die V.-m unverändert beibehalten können? Die Frage muß verneint werden. Die Verfügungsgewalt über den Tatbestand kann im wesentlichen auch weiterhin den Parteien belassen werden. Die Selbstverantwortung der Parteien bietet jedoch keine geeignete Grundlage für die bestmögliche Ermittlung des Sachverhalts. Hier hat eine gewisse Mitverantwortung des Richters Platz zu greifen.

Zunächst zu der Verfügungsgewalt der Parteien über den Tatbestand. Das Urteil hat vornehmlich die Rechtsordnung und damit erst die Rechte der Parteien zu schützen. Es liegt deshalb nahe, im Interesse der Wiederherstellung der Rechtsordnung eine unbedingt wahrheitsgemäße Feststellung des streitig gewordenen Lebensverhältnisses zu verlangen und jede Möglichkeit der Parteien, auf den Tatbestand im Wege nachträglichen Übereinkommens einzuwirken, auszuschließen. Es taucht m. a. W. die Frage auf, ob die Gemeinschaft dann ein Interesse an der Ermittlung des ursprünglichen Sachverhalts hat, wenn keine der Parteien eine derartige Aufklärung wünscht? Der Staat hat diesen die Befugnis verliehen, ihre privaten Beziehungen entsprechend ihren Bedürfnissen zu regeln. Soll ihnen dieses Recht im Prozeß zugunsten eines bestimmten Grundsatzes genommen werden? Das ist zu verneinen, da ein Bedürfnis dafür nicht zu finden ist. Der Einwurf, daß eine Entscheidung eines von beiden Seiten fingierten Tatbestandes den Prozeß mißbrauche und das Gemeinwohl schädige[25]), ist zu allgemein gehalten und verliert sofort an Bedeutung, wenn man sich einen praktischen Fall vor Augen führt. Greifen wir auf das schon erwähnte Beispiel zurück, wonach die Parteien von einer vertraglichen Bindung ausgehen und nur über ihren Umfang streiten wollen und nehmen wir an, daß das Gericht die Vertragsverhandlungen so wie sie von den Parteien behauptet werden, nicht für ausreichend hält, um einen Vertragsschluß zu bejahen. Welches Interesse soll hier die Gemeinschaft an der Feststellung der Ungültigkeit

25) Vgl. z. B. Bernhardt a. a. O. S. 72 ff.

eines Vertrages haben, den die Parteien für sich als bindend betrachten? Das Beispiel wird noch deutlicher, wenn wir von dem umgekehrten Fall ausgehen und annehmen, daß die Parteien einen Vertrag als nichtig behandelt wissen wollen, trotzdem das Gericht auf Grund der Vorgänge bei Vertragsabschluß den entgegengesetzten Standpunkt einzunehmen geneigt ist. Sollen hier die Parteien gebunden werden, trotzdem sie eine Bindung nicht mehr wollen? Sie hätten doch ohne weiteres vor Beginn des Verfahrens evtl. bestehende vertragliche Beziehungen wieder beseitigen können. Diese Möglichkeit darf ihnen auch im Prozeß nicht genommen werden. Gewiß besteht ein Unterschied, ob die Rechtsbeziehungen sich im privaten Raum abspielen, oder der Staat gezwungen ist, seine Machtmittel einzusetzen. Es ist deshalb m. E. auch unrichtig, generell zu behaupten, daß der Staat an dem Ergebnis des einzelnen Rechtsstreits uninteressiert sei[26]), da selbst Rechtsvorgänge des täglichen Lebens keine Dinge mehr sind, die nur für die unmittelbar Beteiligten von Belang sind. Aber die Ermittlung der Wahrheit darf nicht um jeden Preis betrieben werden. Dort, wo die Parteien einig sind und nicht mehr streiten wollen, nachzuforschen, wie die Dinge ursprünglich gelegen haben, hieße die Feststellung von Tatsachen um ihrer selbst willen und nicht mehr im Interesse eines höheren Zwecks betreiben. Die Rechtsordnung erkennt eine Verfügungsgewalt der Parteien an, und es ergeben sich keine zwingenden Gründe, diese im Prozeß auszuschalten. Ihre Grenzen ergeben sich ganz von selbst aus dem materiellen Recht. Es ist selbstverständlich, daß die prozessuale Verfügungsbefugnis nicht weiter gehen kann als die materielle[27]), die erstere ist von der letzteren abhängig, und die Rechtsordnung bietet die Gewähr dafür, daß die materielle Verfügungsgewalt immer nur soweit geht, als es das Interesse der Allgemeinheit zuläßt. Damit werden gleichzeitig der prozessualen Befugnis die notwendigen Schranken gesetzt.

Schließlich ist noch darauf hinzuweisen, daß diese Frage nicht losgelöst aus dem Zusammenhang des ganzen Prozeßsystems betrachtet werden kann. Die Einwirkung auf den Tatbestand ist ihrer Natur nach ein prozessualer Dispositivakt wie das Geständnis, das Anerkenntnis und der Verzicht[28]) auch. Man kann die eine Folge einer allgemeinen prozessualen Befugnis nicht beseitigen und die

26) So Titze a. a. O. S. 171/72. Dem Staat soll es gleichgültig sein, ob A. oder B. als Eigentümer der Sache X festgestellt wird.

27) So ist es z. B. ausgeschlossen, daß in einem Streit zwischen Erben und Vermächnisnehmer die Parteien im gegenseitigen Einverständnis die Gültigkeit eines an sich unwirksamen Testaments der Entscheidung zu Grunde legen können. Desgl. können die Parteien das Gericht nicht zwingen, von der Rechtsgültigkeit eines gegen § 138 BGB. verstoßenden Vertrages auszugehen.

28) Vgl. R.G. Bd. 58 S. 54.

andere beibehalten wollen. Daß es aber unzweckmäßig ist, die bisherigen Geständnis- und Anerkenntniswirkungen aufzugeben, dürfte ohne weiteres einleuchtend sein und wird an späterer Stelle noch im einzelnen belegt werden.

Ist somit die Verfügungsgewalt über den Tatbestand, soweit sie im gegenseitigen Einvernehmen ausgeübt wird, beizubehalten, so bedarf der Grundsatz der Selbstverantwortung einer Umwandlung. Aus der Vorstellung heraus, daß der Prozeß eine Privatsache sei, hatte man die Parteien zu Herren des Streitstoffes gemacht. In dem Vortrag der Parteien wurde gleichsam ein Recht gesehen, das man beliebig zu seinem Vorteil gestalten konnte. Das Parteivorbringen kann aber in Zukunft nur noch den Charakter einer Verpflichtung tragen. Es ist eine den Parteien obliegende Last, deren sie sich im Interesse eines geordneten Rechtsganges und nicht zuletzt zu ihrem eigenen Vorteil zu entledigen haben.

Damit erhält die aus dem Selbstverantwortungsprinzip abgeleitete Bindung des Richters an das Parteivorbringen einen neuen Sinn. Es ist nicht mehr entscheidend, ob den Parteien zugemutet werden kann, daß nicht vorgetragene Tatsachen Berücksichtigung finden, sondern ob es im Interesse der Bewahrung der Rechtsordnung zweckmäßig ist, die Stellung des Richters in dieser Beziehung unabhängiger von den Parteien zu gestalten. An sich würde die völlige Ungebundenheit des Richters eine Entlastung für die Parteien bedeuten müssen. Gleichwohl läßt sich die Frage, ob entweder offenkundige oder sonst dem Richter bekannt gewordene Tatsachen ohne Vortrag der Parteien in den Tatbestand mit aufgenommen werden dürfen, nicht eindeutig entscheiden. Für den Kreis der offenkundigen Tatsachen geht heute, wie schon erwähnt, die überwiegende Meinung dahin, daß diese von den Parteien in die Verhandlung einzuführen sind, soweit es sich nicht lediglich um Indizien für eine von der Partei behauptete Tatsache oder um Hilfstatsachen des Beweises wie z. B. gerichtskundige Eigenschaften des Zeugen handelt[29]). Diese Regelung kann in Zukunft nicht beibehalten werden. Was hat es für einen Sinn, wenn z. B. Ereignisse, die von den Parteien ohne weiteres als dem Richter bekannt vorausgesetzt werden, erst noch behauptet werden sollen? Man würde damit die Behauptungslast der Parteien nur erschweren und überdies ein formalistisches Moment in das Verfahren hineintragen. Andererseits gilt es aber auch zu bedenken, — und das gilt nicht nur für die offenkundigen Tatsachen — ob es zweckmäßig ist, die sog. rechtserzeugenden wie die rechtshindernden und rechtsver-

29) vgl. Stein-Jonas zu § 291 III[27] und die dort angegebene Literatur. A. A. Hellwig, System I S. 414 u. 675. Neuerdings Welzel a. a. O. S. 17.

nichtenden Tatsachen von Amts wegen zu berücksichtigen. Stein[30]) hat für das geltende Recht darauf hingewiesen, daß es nicht die Aufgabe des Richters sei, von sich aus Rechtsbehelfe in den Streit einzuführen. Und diese Auffassung hat ihre gewisse Berechtigung. Hat z. B. der Kläger bisher seinen Anspruch nur auf eine vertragliche Verpflichtung gestützt und nur insoweit den Sachverhalt vorgetragen, so erscheint es doch zweifelhaft, ob der Richter seinerseits ermächtigt sein soll, ihm z. B. aus herangezogenen Strafakten bekannt gewordene Umstände zu berücksichtigen, die auf eine unerlaubte Handlung hinweisen und im Gegensatz zu den vertraglichen Ansprüchen eine dem Kläger günstige Entscheidung herbeiführen würden. Gewiß vermag ein dem Kläger günstiges Ergebnis mehr zu befriedigen als eine Entscheidung, die lediglich zur Abweisung der Klage kommt, weil an sich vorliegende Tatsachen nicht vorgetragen sind. Das erwünschte Ergebnis läßt läßt sich aber in der Mehrzahl der Fälle auf andere Weise ebenfalls erreichen. Der Richter hat die Parteien auf die Möglichkeit, ihren Vortrag zu erweitern, hinzuweisen und ihnen die Behauptung zweckentsprechender Tatsachen nahe zu legen. Dieser Weg wird auch von Stein für die Behandlung der offenkundigen Tatsachen vorgeschlagen. Er übersieht aber dabei, daß nach geltendem Recht der Richter nicht berechtigt ist, den Parteien neue Rechtsbehelfe an die Hand zu geben, selbst wenn es sich um offenkundige Tatsachen handelt[31]). In solcher Handlungsweise würde ein Verstoß gegen die V.-m zu sehen sein. Da jedoch in Zukunft, wie noch näher zu belegen sein wird, die Aufklärungspflicht des Richters nicht mehr von den Schranken der V.-m eingeengt werden darf, ist die Möglichkeit gegeben, die Parteien zur Erweiterung ihrer Vorträge zu veranlassen. Hiervon werden sie ohne weiteres Gebrauch machen. Es lassen sich mit Ausnahme der Verjährung kaum Fälle denken, wo die Parteien bewußt auf die Geltendmachung einer ihr günstigen Rechtsfolge verzichten. So läßt sich ohne Schwierigkeit eine der Rechtsordnung entsprechende Entscheidung erzielen. Weigert sich allerdings die Partei, dem richterlichen Hinweis Folge zu leisten, hat dieser kein Recht, über ihren Vortrag hinaus den Sachverhalt zu ergänzen.

Die Rechtsordnung hat in der Regel kein Interesse daran, einer Partei Rechtsbehelfe aufzuzwingen, die sie nicht geltend machen will. Es läßt sich deshalb feststellen, daß künftig der Richter nur dann an den Vortrag der Parteien gebunden ist, wenn im anderen

30) Pr.W. S. 164.

31) Wenn trotzdem heute mancher verständige Richter von dem § 139 in solchem Falle Gebrauch macht, so ändert das nichts an der Tatsache, daß er nach der noch geltenden Auslegung des Gesetzes dazu nicht berechtigt ist. Vgl. im übrigen die Ausführungen im nächsten Kapitel.

Falle ein bisher nicht geltend gemachter Rechtsbehelf entgegen dem Willen der Parteien in die Verhandlung eingeführt werden würde. Unter einem Rechtsbehelf werden dabei rechtserzeugende, rechtshindernde und rechtsvernichtende Tatsachen verstanden. Bekunden also Zeugen glaubwürdig anstatt des vom Kläger behaupteten Erlasses der Forderung nur ihre Stundung, so kann der Richter nicht ohne weiteres diese Einredetatsache seinem Urteil zugrunde legen. Er hätte vielmehr die Partei auf die Erheblichkeit der Tatsache hinzuweisen und ihr anheimzustellen, ihren Vortrag entsprechend zu ergänzen. Behauptet jedoch der Kläger das Vorliegen eines bestimmten Sachmangels und begehrt deshalb Wandlung des Kaufes, ergeben aber die Zeugenaussagen, daß der vom Kläger gekaufte Gegenstand an einem anderen als dem von dem Kläger angeführten Sachmangel leidet, so braucht der Richter die Partei nicht erst zur Ergänzung ihres Vorbringens aufzufordern[32]). Damit wird mit der Starrheit des Grundsatzes, daß nur die Verhandlungen der Parteien die Urteilsgrundlage bilden dürfen, zu Gunsten einer Lösung gebrochen, die eine einfachere und zugleich wahrheitsgemäßere Stoffsammlung gewährleistet. Die Parteiinitiative hat keine Beschränkung erfahren, genau so wenig wie der Richter mit einem Mehr an Arbeit belastet wird.

Den Erfordernissen nach wahrheitsgemäßer Feststellung der Urteilsgrundlagen ist noch nicht Genüge geschehen, solange der Grundsatz der Parteiverantwortlichkeit die einzige Garantie zur Erreichung dieses Zieles bedeutet. Die entgegengesetzten Interessen der Parteien bilden keine hinlängliche Sicherheit dafür, daß das Gericht nicht irregeführt wird. Die Schwierigkeiten der richterlichen Tätigkeit in der Tatsacheninstanz liegen nicht eigentlich in der Beantwortung von Rechtsfragen, sondern in der Aufgabe, die Widersprüche und Unklarheiten auf tatsächlichem Gebiet zu einem, dem eigentlichen Lebensvorgang entsprechenden Tatbestand zusammenzuformen. Eine lediglich den Streitstoff ordnende und ergänzende Tätigkeit, wie es der § 139 vorsieht, setzt den Hebel der richterlichen Arbeit zu spät an. Der Richter hat nicht erst abzuwarten, wie die Parteien sich ihrer Vortragslast entledigen, um dann klärend einzugreifen, sondern er hat die Parteien von Anfang an bei ihrer Aufgabe der Stoffsammlung zu unterstützen. Das hat natürlich zur Voraussetzung, daß diese unterstützungsbedürftig sind. Diese Frage ist bisher außer Acht gelassen, wenn gesagt wird, daß man die Ermittlung des Sachverhalts besser den gegensätzlich interessierten

32) Dagegen kann nicht eingewandt werden, daß ja der vom Zeugen bekundete Sachmangel den Kläger gerade nicht stören könne. Für ihn ist die gekaufte Sache untauglich und es ist ihm gleichgültig, welche Mängel das Gericht als festgestellt ansieht, wenn er nur von dem Kaufvertrage loskommt.

Parteien überläßt, als dem den Ereignissen ferner stehendem Gericht. Dem könnte nur dann ohne Bedenken zugestimmt werden, wenn dieses gegensätzliche Interesse Abweichungen der einen oder anderen Seite vom wirklichen Sachverhalt immer aufzudecken imstande wäre. Das ist aber nur dann möglich, wenn man von der Gleichwertigkeit der Parteien ausgeht. Dieser Fehler ist allerdings von der Z.P.O. begangen. In ihrer individualistischen Grundhaltung glaubt sie auf die segensreiche Wirkung des freien Spiels der Kräfte vertrauen zu können und muß mithin die Ebenbürtigkeit der Gegenspieler unterstellen. Es kann heute keinem Zweifel unterliegen, daß eine solche Gleichwertigkeit in den seltensten Fällen gegeben ist[33]). Damit entfällt eine der wesentlichsten Voraussetzungen der V.-m. Die Parteien besitzen durchaus nicht immer dieselbe Fähigkeit, dem Richter alle wesentlichen Ereignisse zu übermitteln und einer einseitigen Sachdarstellung des Gegners entsprechend zu begegnen. Eine gewisse Unerfahrenheit und Unkenntnis auf der einen Seite steht auf der anderen nicht selten ein besonderes Maß von Gerissenheit und Skrupellosigkeit gegenüber[34]). Totzdem ist heute jede Partei sich letzten Endes selbst überlassen, sie mag zusehen, wie sie sich am besten der im gegnerischen Vorbringen liegenden Angriffe und der mit einer unlauteren Handlungsweise verbundenen Gefahren erwehrt[35]). Vom Richter hat sie bisher eine wesentliche Unterstützung nicht zu erwarten. Die Parteien haben nach Bülow[36]) ihre Rechtsinteressen selber zu verfechten und sich selbst zu helfen, im anderen Falle sollen sie unter den Folgen leiden. Sie sind mit vollem Prozeßhandlungsrecht ausgestattet. Bekommen sie es dennoch nicht fertig, alles zur Herausstellung ihres Rechts dienliche geltend zu machen, so soll sie, wenn auch kein Vorwurf, so doch mit Recht die Verantwortlichkeit für die ungenügende Wahrnehmung ihrer Interessen treffen. Bülow ist insoweit beizupflichten, als erhöhte Verantwortlichkeit auch erhöhte Handlungsfreudigkeit bedeutet. Trotzdem hat seine Auffassung an Wert verloren. Einmal ist die Kraft zur Wahrnehmung der Rechte nicht überall die gleiche, so daß der weniger gewandte dem geschickteren Gegner gegenüber von vornherein in Nachteil gerät. Sodann ist solche Einstellung nur solange gerechtfertigt, als der Staat am Ausgang des Rechtsstreits nicht in-

33) Vgl. Weißler a. a. O. S. 484 ff.

34) Vgl. Ratz a. a. O. S. 10 ff.

35) Wenn natürlich auch imA nwaltsprozeß die Parteien einen erhöhten Schutz erfahren, so wäre die Annahme, daß damit ihre völlige Gleichwertigkeit erreicht sei, doch eine Verkennung der Tatsachen. Das fachliche Können und die Sorgfalt in der Arbeitsweise sind bei den Anwälten nicht immer gleich, so daß eine die Parteien unterstützende und beratende Tätigkeit des Richters nicht überflüssig erscheint.

36) Vgl. Fikt. u. W. a. a. O. S. 87 ff.

teressiert ist, weil nur die Belange der einzelnen auf dem Spiele stehen. Zwar wird auch heute noch hervorgehoben, daß am Ergebnis des einzelnen Rechtsstreits an sich der Staat uninteressiert ist und es ihm nur darauf ankommt, daß der einen Partei von der anderen nicht Unrecht zugefügt wird. Das bedeutet aber letzten Endes doch nichts anderes, als daß es für die Gemeinschaft von besonderer Wichtigkeit ist, wenn in einem Prozeß die Wahrheit festgestellt wird und die Rechtsbeziehungen der Gemeinschaftsglieder eine der wirklichen Sachlage entsprechende Gestaltung erfahren. Es kann deshalb auch nicht mehr die für die Entscheidung so wichtige Vorarbeit der Stoffsammlung allein der Verantwortung der in ihren Kräften ungleichen Parteien überlassen werden. Von hier aus gewinnt der Beitrag Lent's[37]) seine Bedeutung. Für ihn sind zwei Gesichtspunkte maßgebend: Sichert die V.-m eine Ermittlung des wahren Sachverhalts, und ist es richtig, den Parteien ein Bestimmungsrecht an die Hand zu geben, das sie ermächtigt, dem staatlichen Gericht vorzuschreiben, auf welcher Grundlage es das Urteil aufzubauen hat? Die letztere Frage war bereits von uns bejaht worden und wird uns noch einmal bei der Erörterung des Geständnisses und der Behandlung der Dispositionsmaxime beschäftigen. Zu der ersteren führt Lent aus, daß sich nur 3 Fälle denken lassen, in welchen die Partei notwendige und nützliche Behauptungen trotz Hinweises des Richters nicht vorbringt. Einmal: Die Partei beachtet aus einer gewissen Nachlässigkeit den Hinweis nicht; zum anderen: Sie ist davon überzeugt, daß die Behauptung unwahr sein würde, und bringt dies dem Richter zum Ausdruck; schließlich: Sie will die Tatsache nicht behaupten. Den Fall, daß die Partei nicht aus Lässigkeit, sondern aus Unerfahrenheit und Unwissenheit eine ihr günstige Tatsache nicht vorträgt, scheidet Lent aus, weil er von der Voraussetzung ausgeht, daß der Richter in solchen Fällen weitgehend von seiner Aufklärungspflicht Gebrauch zu machen hat. Der Richter, der selbst um eine Tatsache weiß oder ihr Vorliegen vermutet, hat es fertig zu bringen, der Partei einen entsprechenden Hinweis zu geben, so daß bei großzügigem Gebrauch des § 139 sich die Unterschiede zwischen beiden Maximen auf diese Weise sehr verringern. Soll unter dieser Voraussetzung die V.-m beibehalten werden, so verliert allerdings der Streit sehr an Bedeutung. Es darf dabei nur nicht vergessen werden, daß der jetzige § 139 keineswegs die Handhabe zu dem von Lent angedeuteten Vorgehen des Richters bietet. Wir werden im nächsten Kapitel uns noch näher mit den in ihm liegenden Beschränkungen zu befassen haben. Entschließt man sich, seinen Wirkungsbereich weitgehendst auszudehnen, so bleiben allerdings die Fälle, in denen die Parteien sich nicht zu weiterem Vorbringen entschließen, auf die von Lent genannten beschränkt. Es ist aber

37) a. a. O. S. 20 ff.

dann m. E. nicht mehr berechtigt, von einer Beibehaltung der V.-m zu sprechen, da gerade in der Verstärkung der richterlichen Fragepflicht der eigentliche Unterschied der U.-m zur V.-m begründet liegt. Denn auch bei der Geltung des Untersuchungsgrundsatzes werden im allgemeinen die Folgen einer Handlungsweise der Partei, die trotz Hinweises des Richters bei dem vorgetragenen Sachverhalt stehen bleibt, nicht wesentlich anders aussehen.

So wird kein Verfahren dem Richter vorschreiben, den Sachverhalt durch eigene Arbeit in bestimmter Richtung zu erforschen, wenn nur in folge der lässigen Prozeßführung der Partei dieser nicht auf dem natürlichsten Wege seine Aufklärung findet. Der Zweck der Wahrheitsermittlung hat in solchen Fällen zu Gunsten einer einfachen und schleunigen Prozeßabwicklung zurückzutreten. Sollten in einem Parteienprozeß einmal Interessen der Gemeinschaft in einem besonders hohen Maße auf dem Spiele stehen, ist evtl. die Möglichkeit zu erwägen, ob eine gegebenenfalls lässige Prozeßführung durch die Hinzuziehung eines Vertreters des Staates auszugleichen ist? Der einzige Unterschied besteht darin, daß der Richter, dem Tatsachen aus eigener Kenntnis bekannt sind, bei Geltung der U.-m an den Vortrag der Parteien nicht gebunden ist und insoweit die Lässigkeit der Partei keine Rolle spielt.

Glaubt eine Partei, eine Behauptung nicht aufstellen zu können, weil sie von ihrer Unwahrheit überzeugt ist, hat auch der Richter bei der U.-m keine Veranlassung, weitere Nachforschungen anzustellen. Es ist nicht seine Aufgabe, dort, wo die Partei glaubwürdige Erklärungen abgibt, noch von Amts wegen ihre objektive Wahrheit auf anderem Wege festzustellen. Der Richter hat sich in der Annahme, daß der Sachverhalt noch ergänzungsbedürftig ist, geirrt und wird sich gern von der Partei belehren lassen. Hier trifft die schon an früherer Stelle aufgestellte Behauptung zu, daß ein Richter keineswegs verpflichtet ist, jeder nur denkbaren Möglichkeit nachzuspüren. Ein Unterschied zwischen beiden Verfahrensarten ist deshalb hier nicht vorhanden.

Wie steht's mit dem dritten Fall? Die Partei schweigt, obwohl sie vom Richter auf die Möglichkeit oder sogar Notwendigkeit weiteren Vorbringens ausdrücklich hingewiesen ist. Vor dem Schweigen einer Partei hat oder zumindestens braucht ein von der U.-m beherrschtes Verfahren allerdings nicht Halt zu machen. Vermutet der Richter, daß Tatsachen vorliegen, die die Partei nicht vortragen will, so kann er von sich aus entsprechende Schritte unternehmen, um ein vollständiges Bild des Sachverhalts zu gewinnen. Es erscheint mir aber nicht zweckmäßig, hier dem Untersuchungsgrundsatz zu folgen. Ein solches Verfahren mag sich eignen für das Gebiet der freiwilligen Gerichtsbarkeit, wenn es z. B. darum geht, in Zukunft von

Amts wegen die uneheliche Vaterschaft festzustellen. Hier hat der Richter gewissermaßen die Rolle der fehlenden zweiten Partei, der Gemeinschaft, wahrzunehmen, die an der unbedingten Klarlegung der blutmäßigen Beziehungen interessiert ist. In einem gewöhnlichen Verfahren mag man sich ruhig damit begnügen, die Tätigkeit des Richters dann beendet sein zu lassen, wenn die Partei seinen Anregungen nicht mehr folgen will. Die Voraussetzung für ein Tätigwerden des Richters, die Ungleichheit der Parteien durch seine Mitbeteiligung an der Stoffsammlung auszugleichen, ist in solchen Fällen nicht gegeben. Im übrigen ist der Wahrheitszweck nicht der einzige, den das Verfahren kennt, wie es überhaupt nicht möglich ist, daß ein Prozeß ausschließlich von einem Prozeßzweck beherrscht wird. Damit würde zu Gunsten einer folgerichtigen Durchführung eines Prinzips immer nur eine gewisse Einseitigkeit erreicht, die den praktischen Anforderungen nicht genügt. Der Prozeß hat auch der möglichst schleunigen Wiederherstellung des Rechtsfriedens zu dienen und diesem Ziel entspricht es durchaus, wenn der Richter in solchen Fällen nicht zu weiteren Ermittlungen verpflichtet ist. Wo die Parteien nicht streiten wollen, da soll auch der Staat im Interesse einer schleunigen und billigen Rechtspflege sich diesem Willen der Parteien nicht verschließen und sein Interesse an der Wahrheitsermittlung einmal zurückstellen. Es ist dies ein Grundsatz, der uns im Laufe der Untersuchung noch des öfteren begegnen wird. Klaganerkenntnis, Klagverzicht, Geständnis und auch der Vergleich sind Einrichtungen, die demselben Gedanken unterstehen. Abgesehen davon, daß den Parteien in solchen Fällen eine gewisse Verfügungsbefugnis über den Tatbestand nicht abgesprochen werden kann, ist eine baldige Herbeiführung des Rechtsfriedens ein nicht minder hoch anzuschlagendes Ziel als die Wahrung der Rechtsordnung, und es ist Lent darin recht zu geben, daß die völlige Beseitigung der Wirkungen des Parteiverhaltens eine Verlängerung und Verteuerung des Verfahrens bedeutet und den Parteien das Verständnis für das Prozeßrecht nimmt.

Somit kann **festgestellt** werden, daß der Richter sich zwar an der Stoffsammlung zu beteiligen und die Verantwortung dafür nicht mehr allein der Partei zu überlassen hat, aber dann nicht mehr verpflichtet ist, die Parteien zu weiterem, ihnen nützlichen Vorbringen zu veranlassen, wenn sein ausdrücklicher Hinweis aus den genannten Gründen ohne Erfolg bleibt. Es hat sich weiterhin die Tätigkeit des Richters nicht darauf zu beschränken, die Parteien in ihrem Vorbringen positiv zu fördern, sondern sie ist auch dahin auszudehnen, unwahren Behauptungen der einen oder anderen

Seite nach Möglichkeit entgegenzutreten. Die offene Lüge sowie jede Entstellung des Tatbestandes verlangen ein energisches Zugreifen des Richters. Nicht mehr soll man sich darauf verlassen, daß schon die Wachsamkeit des Gegners ein genügendes Bollwerk im Kampf gegen die Unaufrichtigkeit und Verlogenheit des anderen Teils abgibt. Zwar besteht für die Parteien eine Wahrheitspflicht, es wäre aber ein großer Irrtum und ein Verstecken vor den Tatsachen, wollte man annehmen, es sei nunmehr alles getan, was zur Bekämpfung der Prozeßlüge geschehen kann, und diese sei damit sozusagen aus der Welt geschafft. Es war schon eingangs darauf hingewiesen worden, daß das Postulat der Wahrheitspflicht nicht Abschluß, sondern Anfang einer Entwicklung bedeutet, und alle Versuche, sie durch Aberkennung weiterer Folgen in das jetzige System einzureihen, als gekünstelt und rückläufig abzulehnen sind. Die Z.P.O. ist, wie bereits Hellwig festgestellt hat[38]), in ihren Mitteln, die sie zur Bekämpfung der Unwahrheit bietet, gegenüber anderen modernen Gesetzgebungen so außerordentlich zaghaft, daß es nunmehr an der Zeit ist, für die Zukunft wirksame Abhilfe zu schaffen. Bisher läßt sich die Wahrheitspflicht recht wenig auswerten. Wenn bewußt unwahre Tatsachen zu einem dem Ziele der Wahrheitspflicht widersprechenden Zweck behauptet werden, und das Gericht die bewußte Unwahrheit positiv erkennt, so ist es an die Behauptungen nicht gebunden. Das ist ungesähr die einzige praktische Folgerung, die man bisher gezogen hat[39]), die aber noch nicht einmal als allgemeine Meinung gelten kann[40]). Dabei genügen bloße Zweifel an der Wahrheit nicht. Der Richter ist zu Nachforschungen von Amts wegen weder berechtigt noch verpflichtet. Damit ist die Bedeutung der Wahrheitspflicht auf ein sehr geringes Maß herabgedrückt, so daß in der Praxis ihre Folgen kaum in Erscheinung treten werden, es sei denn, daß man sich von dem erzieherischen Moment erhebliche Wirkungen verspricht. Wie oft werden sich Fälle ereignen, wo die Unwahrheit einer Parteibehauptung offen für das Gericht zu Tage tritt? Deshalb ist es unbedingt notwendig, der Wahrheitspflicht durch geeignete Maßnahmen eine weitgehendere und wirksamere Geltung zu verschaffen. Inwieweit es dabei zweckmäßig ist, Strafandrohungen in das Prozeßgesetz aufzunehmen, kann hier nicht entschieden werden. Gleich, ob man sich zu solchen Maßnahmen entschließt, ist es immer notwendig, dem Richter die Überwachung der Innehaltung der Wahrheitspflicht anzuvertrauen.

38) a. a. O. Lehrbuch S. 43.

39) vgl. Staud, Neues Zivilprozeßrecht a. a. O. S. 603.

40) Vgl. z. B. Titze a. a. O. S. 176, wonach die Kenntnis des Richters von der Nichtexistenz des Anspruchs dem Erlaß eines Versäumnisurteils de lege lata nicht entgegenstehen soll.

Dieser Weg muß eingeschlagen werden, will man nicht eine an sich begrüßenswerte, dem neuen Gedankengut durchaus entsprechende Vorschrift zu einem Schattendasein herabwürdigen. Wie man auf anderen Gebieten des Gemeinschaftslebens sich nicht damit begnügt, Forderungen an die Gemeinschaftsglieder um ihrer ideellen und erzieherischen Werte willen ohne Sanktionen zu lassen, so ist auch auf dem Gebiete des Prozeßrechts nicht einzusehen, weshalb man die Befolgung einer Vorschrift allein von der sittlichen Reife der ihr unterliegenden Personen abhängig machen will. Die Gemeinschaft verlangt, daß die Wahrheit ermittelt, das Gericht nicht in mißbräuchlicher Weise irregeführt und der Gegner nicht auf unlautere Art geschädigt wird. Was liegt näher, als das Organ der Gemeinschaft an der Erreichung solcher Ziele, soweit das ohne Zeit- und Geldverlust geschehen kann, wirksam zu beteiligen? Will das Gericht nicht irregeführt werden, so mag es doch selbst zu geeigneten Abwehrmaßnahmen greifen. Weshalb will man gerade in dieser für die Gesamtheit so wichtigen Beziehung den Richter in seiner alten passiven Stellung belassen? Stärkung der Richtergewalt ist schon zu einem beinahe schlagwortartigen Kampfruf geworden. Hier bietet sich die Gelegenheit, dem Worte Taten folgen zu lassen.

Es darf weiterhin ein Grund, auf den schon Wach[41]) hingewiesen hat, nicht außer Acht gelassen werden. Wie die Parteien im allgemeinen nicht die gleiche Fähigkeit besitzen, ihre Rechte zu verteidigen, so werden sie nicht selten von der Wahrheitspflicht sich in verschiedenem Maße beeinflussen lassen. Während die eine Partei in ihren Erklärungen sich von ihr leiten läßt, setzt die andere sich ohne weiteres darüber hinweg. Das von Wach angeführte Beispiel, wonach der Beklagte den Klaggrund als wahr zugesteht, aber die ebenso wahren Einredetatsachen, die vom Kläger böswillig geleugnet werden, nicht voll zu beweisen vermag, läßt erkennen, welch unerwünschten Verlauf in solchen Fällen der Prozeß nehmen kann. Wach hält deshalb die Aufstellung der Wahrheitspflicht als Rechtspflicht nur für denkbar, wenn ihr durch die nötigen inquisitorischen Druckmittel seitens des Richters nachgeholfen wird, so daß nicht „die rechtliche Konstruktion eines Prozesses die ehrliche Partei ruiniert und der Schelmenzunft zum Freibrief dient". Was Wach inquisitorische Druckmittel nennt, kann heute als eine erweiterte Aufklärungspflicht des Gerichts bezeichnet werden. Es darf dabei durchaus nicht an eine strafprozessuale Ermittlungsweise gedacht werden. Im kommenden Kapitel soll deshalb die Art und Weise der richterlichen Mitwirkung eine nähere Würdigung erfahren. Hier sei nur noch einmal abschließend festgestellt, daß der Richter an der Ermittlung des Sachverhalts tätigen Anteil zu neh-

41) a. a. O. S. 549.

men, auf das Vorbringen der Parteien innerhalb der oben vorgeschriebenen Grenzen fördernd einzuwirken und der Unwahrheit tatkräftig entgegenzutreten hat.

III. Das richterliche Frage- und Aufhellungsrecht in seiner neuen Bedeutung.

Wir sind bisher davon ausgegangen, daß die Verantwortung für die Stoffsammlung im Geltungsbereich der V.-m. im wesentlichen den Parteien obliegt und daß es gilt, hier Wandel zu schaffen. Nun ist allerdings der Richter nicht gänzlich an der Aufgabe der Parteien, das Tatsachenmaterial zu beschaffen, unbeteiligt. Der § 139 legt ihm ein gewisses Maß von Pflichten auf, und hier ist seine Stellung gegenüber den Parteien recht eigentlich verankert: Das Reichsgrundgesetz für den Richter in der Z.P.O. und das Kernstück der richterlichen Pflichten im Prozeß[42]). Soll nun dieser Vorschrift ein neuer Inhalt gegeben und sie zur Trägerin einer gewandelten Grundanschauung erhoben werden, so ist es vorerst einmal notwendig, ihren bisherigen Geltungsbereich und ihre Folgen auf das Verfahren in Kürze zu umreißen. Es wird sich dabei herausstellen, daß der Umfang der dem Richter obliegenden Tätigkeit nicht dazu berechtigt, von einer ins Gewicht fallenden Mitverantwortung zu sprechen.

Der § 139 verpflichtet den Vorsitzenden, dahin zu wirken, daß die Parteien sich über alle erheblichen Tatsachen erklären und sachdienliche Anträge stellen, insbesondere auch ungenügende Angaben der geltend gemachten Tatsachen ergänzen und die Beweismittel bezeichnen. Aus dem Wortlaut ist schon die Begrenzung des Fragerechts ersichtlich. Nur eine Vervollständigung des Tatbestandes soll erreicht werden. Dem Richter ist lediglich die Möglichkeit an die Hand gegeben, in das Gewirr der nicht miteinander in Einklang stehenden bestrittenen, unbestrittenen und zugestandenen Behauptungen Klarheit und Ordnung hereinzubringen. Damit ist ihm nur das Mindestmaß dessen zugebilligt, was er notwendig zur ordnungsmäßigen Abwicklung des Verfahrens braucht. Nicht nur aus dem Gesetz selber, sondern aus der ganzen Einstellung der Z.P.O. geht hervor, daß er sein Prozeßleitungsamt nicht dazu benutzen darf, die Erklärungen der Parteien auf ihre Wahrheit hin zu prüfen[43]). Ist der Antrag sachdienlich gestellt und das zu seiner Begründung oder Abweisung Notwendige vorgetragen, so ist jedes weitere Eingreifen des Richters in den Streitstoff nicht nur überflüssig, sondern sogar untersagt. Die Befürchtungen, die man anfangs hegte, der § 139 könne die Handhabe zu inquisitorischem Vorgehen bieten und die

42) So Claasen bei Levin a. a. O. S. 108 ff.; und Baumbach a. a. O. zu § 139 I.
43) vgl. Ratz a. a. O. S. 35 ff.

unparteiliche Stellung des Richters erschüttern[44]), haben sich allerdings im Laufe der Entwicklung gelegt. Die Ansicht, daß das Fragerecht eine keineswegs unbedenkliche Methode zur Ergänzung des Entscheidungsmaterials und deshalb nur bei dringender Veranlassung auszuüben sei[45]), hat ebenfalls an Geltung verloren. Trotzdem ergeben sich, ganz abgesehen von der Unzulässigkeit der Wahrheitsforschung, in der Unterstützung der Parteien noch Schranken, die deutlich den rein ergänzenden Charakter der Aufklärungspflicht erkennen lassen. Grundsätzlich ist jegliche Vermehrung des Streitstoffes durch Ausübung der Fragepflicht untersagt. Die Aufklärung hat nicht soweit zu gehen, daß die Parteien zur Aufstellung ihnen günstiger Behauptungen veranlaßt werden[46]). Hat das Gericht eine ausreichende Erfüllungsverweigerung des Beklagten, die den Kläger zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung berechtigt, als nicht hinreichend festgestellt erachtet, so ist es nicht befugt, den Sachverhalt auf Verzugsfolgen zu prüfen, wenn die Partei sich nicht ausdrücklich darauf bezogen hat, gleich ob der Anspruch hierin eine Rechtfertigung finden würde[47]). In derselben Richtung liegt das Verbot, einer Partei neue Klaggründe, Einreden oder Repliken zu unterschieben, da der Richter sich in den Grenzen der V.-m. zu halten hat[48]). Falls der Kläger seinen Anspruch lediglich auf Vertrag gestützt hat, ist das Gericht nicht berechtigt, diesen zum Vortrag weiterer Tatsachen zu veranlassen, die den Anspruch aus unerlaubter Handlung rechtfertigen könnten[49]). Ebenfalls sind die Parteien nur insoweit zur Stellung sachdienlicher Anträge anzuhalten, als damit nicht in Widerspruch zur V.-m. ihnen Klaggründe und Einwendungen an die Hand gegeben werden[50]).

In einem kürzlich entschiedenen Fall[51]) hatte der Kläger die Übertragung einer Hypothek durch seine Schuldnerin an ihre minderjährigen Kinder angefochten und den Antrag gestellt, die Beklagten zu verurteilen, die Zwangsvollstreckung in die verschobene Hypothek zu dulden. Im Laufe der Verhandlung stellte sich heraus, daß die Hypothekenübertragung an einem Mangel litt und deshalb ungültig war. Die Klage wurde daraufhin abgewiesen, ohne daß dem Kläger anheim gegeben wäre, seinen Antrag etwa in ein Berichtigungsverlangen abzuändern. Die Folge ist natürlich in solchen Fällen ein neuer Prozeß. Für das Gebiet der Feststellung des Tat-

44) Wach a. a. O. S. 54/55; Canstein a. a. O. S. 7.
45) vgl. Förster-Kann a. a. O. zu § 139.
46) vgl. R.G. 91, 268; 97, 243; 102, 263; 109, 69; J.W. 25, 772.
47) vgl. R.G. 102, 63.
48) vgl. R.G. 41, 293; J.W. 02, 444; S.A. 65, 336.
49) vgl. R.G. 106, S. 119.
50) vgl. R.G. 8, 372; 22, 219; J.W. 1912, 126, 310; Warn.Rsp. Nr. 336.
51) L.G. Braunschweig — 20 46/36.

bestandes mag noch darauf hingewiesen werden, daß das Gericht nicht verpflichtet ist, nach erfolgloser Beweisaufnahme die Parteien zur Angabe weiterer Beweismittel anzufordern[52]). Die hier genannten Beispiele, die sich noch beliebig vermehren lassen, mögen zur Kennzeichnung des Umfanges der Fragepflicht genügen. In all diesen Fällen haben die Parteien ihrer Vortragslast nicht genügt, um ein ihnen günstiges Urteil zu erzielen. Eine Unterstützung des Gerichts durfte ihnen nicht zuteil werden. Die V.-m. stand dem entgegen. So entbehrt es nicht einer gewissen Berechtigung, wenn man inbezug auf den § 139 von dem Pferdefuß der V.-m. spricht und in der Aufklärungspflicht kein wirksames Mittel sieht, die Partei vor den Überlistungskünsten des Gegners zu schützen[53]). Die Parteien werden kaum den Eindruck haben, daß ihnen das Gericht bei der Beschaffung der tatsächlichen Grundlagen hilfreich zur Seite steht. Der Hinweis, daß sie selbst an dem unzureichenden Sachvortrag und der unzweckmäßigen Stellung der Anträge nicht schuldlos sind, vermag über den Mangel, daß eine dem strittigen Lebensverhältnis entsprechende, auf dem Boden der Wirklichkeit ruhende Entscheidung nicht ergangen ist, nicht hinwegzutäuschen. Es ist deshalb m. E. nicht berechtigt, eine ins Gewicht fallende Mitarbeit und Mitverantwortung dem Gericht zu unterstellen, das bisher nur eine ergänzende und ordnende Tätigkeit ausgeübt hat. Der einzuschlagende Weg ist vorgeschrieben. Das Aufklärungsrecht ist in der Hand des Richters zu einem Werkzeug zu machen, das den Parteien weitgehende Unterstützung und Förderung bei der Erledigung ihrer Aufgaben gewährt und auf der anderen Seite geeignet ist, der wahrheitsgemäßen Erforschung des Sachverhalts zu dienen und der Wahrheitspflicht der Parteien die nötige Geltung zu verschaffen.

Bei der richterlichen Mitwirkung in der Stoffsammlung ist es zunächst notwendig, das bisherige allzu starre Anspruchsdenken aufzulockern. Die Methode, ein Streitverhältnis nur unter dem Gesichtswinkel des rechtlichen Anspruchs zu betrachten und es demgemäß zu zergliedern, führt nicht immer zu wünschenswerten Ergebnissen. Der dem Richter zur Entscheidung gestellte Lebensvorgang ist oft so vielgestaltig und von mancherlei Beweggründen durchzogen, daß seine Zerlegung in einzelne Ansprüche dem ursprünglichen Tatbestand nicht selten seinen eigentlichen Charakter nimmt. Die Mannigfaltigkeit der im Leben auftretenden Erscheinungen läßt sich oft nur schwer in ein rechtliches System einfangen,

52) vgl. J.W. 08, 684; R.G. 93, 152. A. A. Förster-Kann zu § 139.
53) vgl. Ratz a. a. O. S. 35 ff.

das die gegenseitigen Beziehungen der Parteien nur in Ansprüchen zu regeln gewohnt ist. Wir wissen deshalb, daß die Subsumtion eines Tatbestandes unter einzelne Gesetzesnormen für den Richter eine nicht immer leichte Aufgabe bedeutet. Manches von den Parteien bisher als nebensächlich Angesehene gewinnt dabei entscheidende Bedeutung, anderes, was als wesentlich betrachtet wurde, verliert an Wichtigkeit. Wie soll eine Partei, selbst wenn sie vertreten wird, immer ermessen können, was an Tatsachen vorgetragen werden muß, um eine ihr günstige Entscheidung zu erzielen? Noch dazu, wo sich die tatsächliche und rechtliche Seite durchaus nicht immer trennen läßt. Verlangt man deshalb von einer Partei, daß sie alle Tatsachen, die für die Entscheidung irgendwie von Bedeutung sein könnten, vorträgt, so muß man notwendigerweise in vielen Fällen eine Rechtskenntnis voraussetzen, die eigentlich nur dem Richter zuzumuten ist. Gewiß hat auch schon heute der Richter die Pflicht, das Sach- und Streitverhältnis nach der tatsächlichen und rechtlichen Seite zu erörtern, und den Parteien könnte bei einem ausgiebigen Gebrauch dieser Möglichkeit viel geholfen werden. Doch muß diese Vorschrift, abgesehen davon, daß sie bei vielen Richtern auf dem Papier zu verkümmern droht, von ihren jetzigen Fesseln befreit werden. Eine Erörterung des Streitverhältnisses hat Sinn, wenn einer Partei klar gemacht werden soll, daß sie mit ihrer bisherigen Begründung oder Abwehr nicht durchdringt, daß sie andere Wege einschlagen muß, um zum Ziele zu gelangen. Dem steht aber das Verbot entgegen, die Partei auf günstige Tatsachen hinzuweisen oder sie auf neue Klaggründe und Einreden aufmerksam zu machen. Diese Schranken müssen fallen, soll der hierin liegende Widerspruch beseitigt werden. Ein einheitliches Lebensverhältnis verlangt nach einer Entscheidung. Die Rechtsordnung bleibt unbefriedigt, wenn das Urteil nur einen Teilabschnitt eines Lebensvorganges herausgreift und hierauf die Lösung aufbaut. Auch an dieser Stelle verlangt die Wandlung im Rechtsdenken, berücksichtigt zu werden. Wenn die Rechtsordnung dem einzelnen an sich eine Handhabe bietet, einen Streit in seinem Sinne beizulegen, so soll auch das Gericht von dieser Möglichkeit Gebrauch machen und die Partei darauf hinweisen. Sie wird gern nachholen, was sie bisher aus Unkenntnis oder Unerfahrenheit versäumt hat. Die unparteiliche Stellung des Richters wird dadurch nicht gefährdet; er steigt nicht von seinem Piedestal herab, um sich unter die Streitenden zu mischen[54]), sondern seine Stellung wird befreit von den Überresten der alten dem Richter anhaftenden Passivität. Er mischt sich nicht unter die Parteien, er leitet sie durch seine Hinweise und durch seinen Rat. Seine Unterstützung wird beiden Parteien zu teil, keine

54) So Canstein a. a. O. S. 7.

kann sich benachteiligt fühlen, wenn erst durch seine Hilfe der anderen ihr Recht wird, das ihr ohnehin gebührt und das die Lücke in der Rechtsordnung schließt. So hat der Richter sich nicht mehr einseitig an den geltend gemachten Anspruch zu klammern, sondern danach zu trachten, das gesamte Lebensverhältnis einer Entscheidung zuzuführen, die alle vorhandenen Möglichkeiten erschöpft. Die Anspruchsform muß ihre entscheidende Macht über den Tatbestand verlieren, sie ist nur noch ein Mittel, dem Richter die Richtung anzuzeigen, in der sich das Parteiverlangen bewegt. Die Folgen dieser Einstellung sind einschneidender Art und berühren nahezu das gesamte Prozeßrecht. Es kann hierauf in diesem Rahmen nicht näher eingegangen werden. Es sei nur einmal in diesem Zusammenhang an einigen, wenigen von den Gerichten im entgegengesetzten Sinne entschiedenen Fällen auf die unterschiedliche Wirkung hingewiesen.

Die Klägerin, die im Jahre 1921 in einem früheren Rechtsstreit zur Leistung bestimmter Waren Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises verurteilt war, macht in der darauf erhobenen Klage aus § 767 ZPO. geltend, daß sie gemäß § 326 BGB. von dem Vertrage zurückgetreten und die Zwangsvollstreckung deshalb unzulässig sei. Sie drang hiermit nicht durch und bringt deshalb in der Revisionsinstanz vor, daß der Richter von Amts wegen die Geldentwertung hätte berücksichtigen müssen. Das R.G. hielt jedoch den Vorderrichter nicht einmal für verpflichtet, zu fragen, ob die Klägerin die Einwendung aus der Geldentwertung geltend machen wolle, weil durch die Vorschrift des § 139 der Richter nicht gehalten sei, „auf eine andere Begründung des mit der Klage verfolgten Anspruchs hinzuwirken und ihr so erst den Boden zu bereiten, auf dem sie zum Erfolg geführt werden könte“[55]). Da es aber nicht mehr um die Verfolgung von Ansprüchen im bisherigen Sinne geht, wird der Richter in Zukunft anders zu urteilen haben. Die Tatsache der Geldentwertung könnte sogar ohne Vortrag der Parteien als offenkundig behandelt und dementsprechend rechtlich gewürdigt werden, wenn damit nicht ein neuer Rechtsbehelf eingeführt würde. Bedenken, die Parteien in ihrem Vorbringen durch einen Hinweis insoweit zu unterstützen, bestehen nicht, im Gegenteil, die Rechtsordnung verlangt nach einer Entscheidung, die der anderen Partei nicht mehr zubilligt, als sie auf Grund der tatsächlichen Verhältnisse zu verlangen berechtigt ist. — In einem anderen Falle hatte das Gericht das Vorliegen einer Zusicherung im Sinne von § 459 Abs. II verneint, ohne den Beklagten zu befragen, ob er sein angebliches Wandlungsrecht nicht auf die Arglist stützen wollte[56]). Auch hier

55) Vgl. R.G. Bd. 109 S. 70.
56) R.G. 5. VII. 1902 J.W. 02 S. 444 Ziff. 3.

ist der Richter verpflichtet, soweit sich aus dem tatsächlichen Vorbringen nur irgendwelche Anhaltspunkte ergeben, die Parteien auf solch einen weiteren Rechtsbehelf hinzuweisen. Der unter den Parteien geschlossene Kaufvertrag stellt einen in sich geschlossenen Lebensvorgang dar, der keine teilweise Würdigung verträgt, sondern eine ganzheitliche Entscheidung verlangt. Dem Richter wird die Schlichtung eines Streitverhältnisses angetragen, nicht die Entscheidung über einen einzelnen aus dem Zusammenhang herausgerissenen Anspruch; dieser ist nur die äußere Form, nicht der Inhalt des Parteibegehrens. Ähnlich liegt der vom R.G. entschiedene Fall[57]), worin der Wandlungsanspruch des Klägers wegen angeblicher Mängel eines gekauften Automobils abgelehnt wird. Die Revision greift das Urteil mit der Begründung an, daß der Berufungsrichter durch Ausübung seiner Fragepflicht hätte darauf hinweisen müssen, der Kläger habe aus der unrechtmäßigen Versteigerung des Automobils durch die Beklagte Schadensersatzansprüche herleiten können, und aus diesem Grunde sei sein Anspruch auf Rückzahlung des schon entrichteten Teils des Kaufpreises berechtigt. Die Revision wurde als unbegründet verworfen, weil ein solcher Anspruch sich nur auf § 823 stützen lasse, während es sich hier um einen vertraglichen Anspruch aus Wandlung handele. Die Gerichte seien nicht verpflichtet, in Fällen, in denen der Klaggrund bestimmt angegeben sei, den Parteien gegenüber auf eine andere Begründung hinzuwirken und das Vorbringen der hierzu erforderlichen Tatsachen zu veranlassen. Das Fragerecht diene nur der Erläuterung, Ergänzung und Klarstellung der erhobenen Ansprüche. Das Gericht wird künftig eine andere Entscheidung zu treffen haben. Der Kläger hat das Gericht angerufen, um von ihm in Unordnung geratene Beziehungen zu seinem Vertragsgegner wieder ausrichten zu lassen. Das Gesetz hat ihn darauf verwiesen, sein Verlangen in einen bestimmten Anspruch einzukleiden. Dabei hat er die falsche Form gewählt, und es wäre unbillig, aus diesem Grunde einen Zustand durch ein Urteil für rechtmäßig zu erklären, der in Wirklichkeit mit der Rechtsordnung nicht im Einklang steht. Diese regelt die Lebensverhältnisse als einheitliches Ganzes, sie zergliedert nicht, wo es gilt, aus einer Zusammenschau ein rechtliches Verhältnis zu erfassen und fordert deshalb eine dementsprechende Entscheidung. Da im übrigen das genannte Urteil einen neuen Rechtsstreit nicht verhindern kann, wird damit der Prozeß seiner Aufgabe, für eine möglichst umfassende Herstellung des Rechtsfriedens Sorge zu tragen, nicht gerecht. Die Forderung nach der Wahrung der Rechtsordnung und der Schaffung des Rechtsfriedens verlangt deshalb eine andere Entscheidung.

57) R.G. 11. II. 1910 in S.A. Bd. 65 S. 326.

Schließlich seien noch zwei Urteile des R.G. herangezogen, die ein deutliches Beispiel für die rein abwartende Haltung des bisherigen Richters abgeben. Bei der Verlesung eines Strafurteils in der mdl. Verhandlung erklärte der Kläger, er mache sich sämtliche Feststellungen des Urteils zu eigen und trete alle darin enthaltenen Beweise an. Die Erklärung wurde nicht berücksichtigt, weil solches Vorbringen so allgemein gehalten sei, daß es noch nicht einmal zur Ausübung des Fragerechts Anlaß biete[58]). In einem anderen Fall war bei der vorbeugenden Unterlassungsklage die Wiederholungsgefahr nicht hinreichend dargetan, ein Erfordernis, das man übrigens in dem damaligen Entwicklungsstadium dieser Klagart als nicht allgemein bekannt voraussetzen konnte. Die Klage wurde deshalb abgewiesen. Durch Ausübung der Fragepflicht auf die Notwendigkeit einer zweckentsprechenden Begründung hinzuweisen, hielt man den Richter nicht für verpflichtet[59]). Mag es schon zweifelhaft erscheinen, ob der jetzige § 139 nicht doch die Handhabe geboten hätte, die Parteien über die Mängel ihres Vortrages zu belehren, so kann man sich künftig mit solchen Ergebnissen nicht mehr einverstanden erklären. Der Richter hat von einem Tatbestand auszugehen, wie er sich im Leben tatsächlich abgespielt hat, nicht wie er von den Parteien infolge ihrer eigenen Unzulänglichkeit gestaltet wird. Nur dann werden lebenswahre Entscheidungen erreicht.

Die weitere Aufgabe des Richters, die Wahrheit oder Unwahrheit des Parteivorbringens zu ermitteln und der Prozeßlüge wirksam entgegenzutreten, ist schwieriger Natur. Natürlich geht es auch bei den eben behandelten Pflichten des Richters letzten Endes um die Erforschung der Wahrheit. Während aber dort ihrer Ermittlung nur die Unkenntnis von der Notwendigkeit weiteren Vorbringens entgegensteht, ist es hier nicht selten der böse Wille der Parteien. Die Tätigkeit erfordert deshalb gewisse Kenntnisse ihrer allgemeinen Gepflogenheiten und Erfahrungen auf dem Gebiete der Parteivernehmung. Regeln oder Anweisungen, wie der Richter vorzugehen hat, lassen sich nicht aufstellen. Es bleibt vollkommen dem Einzelfall überlassen, ob und inwieweit eine Fragetätigkeit des Richters zum Erfolg führen kann. Man soll aber die Möglichkeiten einer eindringlichen Befragung nicht unterschätzen. Wenn die Parteien durch Gesetz verpflichtet werden, der Wahrheit die Ehre zu geben, so wird der Richter natürlich gut daran tun, auf die sittliche und rechtliche Bedeutung der Wahrheitspflicht hinzuweisen und womöglich an das Ehrgefühl der Partei zu appellieren. Damit darf er sich aber keinesfalls zufrieden geben. Das gegenseitige Parteivorbringen weist oft Widersprüche, Inkonsequen-

58) R.G. 26. IX. 1902 in J.W. 02 S. 543 Ziff. 3.
59) R.G. Bd. 91 S. 268.

zen und Unwahrscheinlichkeiten auf, deren geschickte Ausnützung durch den Richter die Parteien vielfach zwingen wird, unwahre Behauptungen zurückzunehmen und andere richtig zu stellen[60]). Der Richter soll ruhig den Parteien seine Bedenken vorhalten, ihnen die Unglaubwürdigkeit auf den Kopf zusagen, und er wird sich dem Ziel der Erforschung der Wahrheit eher nähern, als wenn er eine abwartende Stellung einnimmt und auf die Wachsamkeit des Gegners und auf das Ergebnis der Beweisaufnahme vertraut. Je mehr Wert auf eine wahrheitsgemäße Ermittlung des Sachverhalts gelegt wird, um so eher werden weitläufige Beweisaufnahmen überflüssig und die Prozesse abgekürzt. Der Wille der Parteien, mit irgendwelchen ihnen vielleicht unliebsamen Umständen zurückzuhalten, ist nicht mehr ausschlaggebend. Der Richter braucht deshalb eine bis ins einzelnste gehende Ausforschung nicht zu fürchten. Er wird, wenn nötig, die Parteien in ein regelrechtes Kreuzverhör nehmen. Merkt erst die Partei, daß es der Richter mit der Erforschung der Wahrheit ernst nimmt, wird sie es sich überlegen, weiterhin bei der Verdrehung der Tatsachen stehen zu bleiben. Sie muß befürchten, von dem Richter durchschaut zu werden und weitere Nachteile aus ihrer Unglaubwürdigkeit in Kauf zu nehmen. Denn dem Richter ist ohne weiteres die Befugnis zuzusprechen, im Wege der freien Beweiswürdigung das Verhalten der Parteien anläßlich einer Vernehmung ungünstig zu bewerten. Genau wie der Strafrichter schon aus der Art des Aussagens und aus dem ganzen Auftreten des Angeklagten nicht selten die Glaubwürdigkeit zu beurteilen in der Lage ist, wird auch dem Zivilrichter der persönliche Eindruck der Partei bei der Ermittlung der Wahrheit oft bessere Hilfe leisten, als dies ein förmliches Beweisverfahren vermag. Es läßt sich außerdem nun einmal nicht um die Tatsache herumkommen, daß die Parteien leichteren Herzens ihren Vertretern eine unwahre Sachdarstellung geben als dem Gericht, wenn sie erwarten müssen, von diesem auf die Unglaubwürdigkeit ihrer Aussagen festgenagelt und gar dem Gegner persönlich gegenüber gestellt zu werden. Die Stellung der Anwälte ändert hieran nichts. Sie sind zwar verpflichtet, sich unwahre Angaben der Parteien nicht zu eigen zu machen, aber es würde ihrer Eigenart nicht entsprechen, sollten sie von sich aus das Parteivorbringen auf seine Wahrheit untersuchen. Man mag dabei auch nicht übersehen, daß in amtsgerichtlichen Prozessen die Parteien sich oft von Leuten vertreten lassen, die weit weniger Hemmungen haben, sich der Lüge zu bedienen, als diese selbst. Sie können sich immer dahinter verstecken, daß es nicht ihre eigene Sache sei. Wie ein Kartenhaus wird vielfach das mehr oder weniger kunst-

60) vgl. hierzu die beachtenswerten Ausführungen von Puchta, Prozeßleitungsamt S. 89 und von Schneider a. a. O. S. 103 ff.

voll aufgerichtete Gebäude der Parteibehauptungen zusammenstürzen, wenn der Beteiligte selbst gezwungen wird, auf Frage und Gegenfrage Antwort zu stehen. Es wird oft nicht so schwer sein, die in der Mehrzahl gar nicht so verlogenen Parteien zur Wahrheit zu zwingen. Schon eindringliches Vorhalten der zweifelhaft erscheinenden Umstände durch einen tatkräftigen und zielbewußten Richter wird häufig seine Wirkung nicht verfehlen. Es können so durch eine mündliche Verhandlung Tatsachen geklärt werden, in die wiederholte Vorträge der Anwälte und langwierige und kostspielige Beweisaufnahmen keine Klarheit zu bringen vermögen. Hinzu kommt, daß es auf diese Weise dem Richter möglich ist, die begleitenden Umstände, die vielfach die eigentliche Ursache des Streites sind, aufzudecken und sich so ein lebenswahreres Bild von den eigentlichen Vorgängen zu machen als dies durch Schriftsätze und den Vortrag der Anwälte möglich ist. Darin liegt keine Herabsetzung der anwaltlichen Tätigkeit, die nach wie vor erforderlich ist, um dem Richter seine Arbeit zu erleichtern und eine gerechte Entscheidung zu erzielen. Nur darf man das persönliche Heranziehen der Parteien aus Rücksichtnahme vor dem Wirkungsbereich des Anwalts in seiner Bedeutung und in seinem Wert für die Wahrheitsforschung nicht unterschätzen. Um dem Richter die notwendige Grundlage zu den ihm obliegenden Aufgaben zu verschaffen, muß der § 141 in seinem Anwendungsbereich erweitert werden. Er ist bisher nur ein zur Ausübung der Fragepflicht erforderliches Ergänzungsmittel gewesen. Mit der Ausdehnung des § 139 muß also zwangsläufig auch sein Wirkungsbereich zunehmen. Nicht nur zur Aufklärung, sondern auch zur wahrheitsmäßigen Erforschung des Streitverhältnisses ist künftig das persönliche Erscheinen der Parteien anzuordnen. Es kommt darauf an, in möglichst vielen Fällen von dieser Einrichtung Gebrauch zu machen. Hier ist nicht der Ort, auf die Vorzüge der Unmittelbarkeit im Feststellungsverfahren einzugehen. Es mag nur darauf hingewiesen werden, daß der Unmittelbarkeit in der Beweisaufnahme auch die Unmittelbarkeit im Ermittlungsverfahren in entsprechendem Umfange und in der gewandelten Bedeutung zu folgen hat. Es erscheint dabei zweckmäßig, den Parteien vor ihrer Gegenüberstellung nicht den Fragenbereich, über den sie gehört werden sollen, mitzuteilen, wie es im Beweisverfahren geschieht. Damit wird vermieden, daß sich die Gegner von vornherein auf die ihnen vorzulegenden Fragen in ihrer subjektiven Art einstellen und bei jeder Einwendung des Richters mit einer vorher ausgeklügelten Entgegnung zur Hand sind. Gerade das Moment der Überraschung ist eine wirksame Waffe gegen irgendwelche Verdrehungsabsichten der Parteien. Mit der Anordnung des persönlichen Erscheinens wird die mündliche Verhandlung nicht belastet, son-

dern sie erhält hierdurch erst ihre innere Berechtigung und wird zu einem wirksamen Mittel einer schnellen und sicheren Urteilsfindung ausgestaltet. Ich stehe nämlich nicht an, nach meinen bisher verschiedenen Orts gemachten Erfahrungen zu behaupten, daß heute die mündliche Verhandlung trotz aller Bemühungen, ihr die nötige Geltung zu verschaffen, in der Mehrzahl aller Fälle zu einer inhaltslosen Form herabgesunken ist. Sie ist nahezu zu einer Farce geworden[61]). Man schicke einmal die Volksgenossen namentlich in die landgerichtlichen Verhandlungen, und sie werden eine positive Einstellung zur Justizpflege schon deshalb nicht finden können, weil sie die Art und Weise der Handhabung der mündlichen Verhandlung unbedingt enttäuschen muß. Ist es gar noch ihre eigene Sache, die in wenigen Augenblicken durch eine Bezugnahme auf die Anträge und Schriftsätze abgetan wird, muß sich ihr ungünstiger Eindruck noch verstärken, und jedes Vertrauen zu einer Einrichtung, die über ihr Wohl und Wehe zu entscheiden hat, geht verloren. Ich betrachte es deshalb als eine der dringlichsten Aufgaben einer Reform, hier grundlegenden Wandel zu schaffen und die vielgerühmte mündliche Verhandlung zu einer Einrichtung zu machen, in der auch tatsächlich verhandelt wird. Die Betreuung des Richters mit den hier umschriebenen Aufgaben ist ein Weg hierzu, den es nicht zuletzt einzuschlagen gilt. Natürlich verlangt eine derartige Stellung des Richters von diesem ein besonderes Maß an Fertigkeit und verantwortungsfreudiger Tätigkeit. Seine Aufgaben wachsen, aber auch die Wirkung wird nicht ausbleiben und der gesteigerten Arbeit die innere Befriedigung verleihen. Die Arbeit des Richters wird lebensnaher und lebenswirklicher. Es tritt die Verhandlung, die bisher oft als lästiges Anhängsel empfunden wurde, ebenbürtig neben die Beratung. Bei dieser Neugestaltung des Richter-Parteiverhältnisses hängt zwar alles von der Persönlichkeit des Richters ab, sie ist für den Erfolg letzten Endes ausschlaggebend. Es ist das aber eine Erscheinung, die jede Prozeßreform mehr oder weniger begleiten wird, da auch mit dem besten Prozeßgesetz immer nur der verständnisvolle Richter etwas anzufangen weiß.

So wird die Ausgestaltung des richterlichen Prozeßleitungsamtes in der Ermittlung des Tatbestandes ein Faktor sein, der mit dem bisherigen Begriff der Parteiherrschaft nichts mehr zu tun hat. Die Parteien wie der Richter sind verpflichtet, in verständnisvoller Zusammenarbeit an der Erreichung der ihr von der Gemeinschaft gesetzten Ziele mitzuarbeiten. Die gemeinsame Aufgabe, die Sache zu fördern und die Wahrheit zu finden, ist das Moment, das Richter und Parteien über alle bisherigen durch die Parteiherrschaft aufgerichteten Schranken künftig zu einer engen Arbeitsgemein-

61) Buckeley, a. a. O. S. 10.

schaft verbindet. Es kann dabei gemäß dem in der Einleitung angegebenen Grunde dahingestellt bleiben, in welche gesetzgeberische Form das Prozeßleitungsamt zu kleiden sein wird. Es genügt, an dieser Stelle festzustellen, daß die enge Bindung des Richters an die Parteivorträge in diesem Umfang keine Berechtigung mehr hat und daß es gilt, das bisherige Aufklärungsrecht zu einem Mittel der Wahrheitsforschung und der Mitverantwortung des Richters in der Stoffsammlung auszugestalten.

IV. Zur Frage der Entscheidung über die Feststellungsbedürftigkeit des Tatbestandes durch die Parteien.

Als weitere Folge der V.-m. gilt die Befugnis der Parteien, über die Feststellungsbedürftigkeit des Tatbestandes in der Form des fingierten Geständnisses nach § 138 Abs. III und des echten Geständnisses nach § 288 zu entscheiden[62]). Das „Nichtbestreiten" und das Geständnis sind an sich in ihren Wirkungen gleich. Der Richter ist in jedem Fall der Pflicht, Beweis zu erheben, enthoben, die Wahrheitsprüfung ist ausgeschlossen. Allerdings kann im Fall des § 138 Abs. III unter gewissen Einschränkungen das Bestreiten nachgeholt werden, während die Beseitigung der Folgen des eigentlichen Geständnisses an besonders erschwerte Voraussetzungen geknüpft ist. Über die Rechtsnatur des Geständnisses herrscht Streit, der auch heute noch nicht als restlos ausgetragen gelten kann. Während die einen das Geständnis als Willenserklärung der Partei auffassen[63]), wollen die anderen darin eine Wissenserklärung sehen[64]). Gewiß trifft es zu, daß in den meisten Fällen das Geständnis der Wahrheit entspricht, nicht selten aber wird die Partei mit ihrer Erklärung den Willen verbinden, eine Tatsache ungeachtet ihrer Wahrheit zur Urteilsgrundlage werden zu lassen. Es ist deshalb wohl richtig, sich nicht auf die eine oder die andere Form zu versteifen[65]), zumal da feststeht, daß der Gesetzgeber in jedem Fall, sei es eine Wissens- oder Willenserklärung, dem Geständnis dieselben Folgen beimessen will. Eine zugestandene Tatsache bedarf eben nicht des Beweises. Es hat deshalb der Streit kaum praktische Bedeutung.

62) § 138 Abs. III: Tatsachen welche nicht ausdrücklich bestritten werden, sind als zugestanden anzusehen, wenn nicht die Absicht, sie bestreiten zu wollen, aus den übrigen Erklärungen der Parteien hervorgeht. § 288 Abs. I: Die von einer Partei behaupteten Tatsachen bedürfen insoweit keines Beweises, als sie im Laufe des Rechtsstreits von dem Gegner ... zugestanden sind.

63)) Vgl. Stein-Jonas zu § 288, wo aus der Tatsache, daß nach Abgabe des Geständnisses ein einfaches Bestreiten ausgeschlossen ist, das Enthaltensein eines Willensmomentes im Geständnis gefolgert wird.

64) So besonders Bülow a. a. O. S. 223 ff.

65) Vgl. Schmidt a. a. O. S. 494.

Der Gesetzgeber hat sich veranlaßt gesehen, den Richter an das Geständnis in dieser Form zu binden, weil entsprechend dem Grundsatz der V.-m. die Parteien die Verantwortung für die Stoffsammlung tragen und sie deshalb bisher berechtigt waren, das Tatsachenmaterial nur insoweit dem Richter zu unterbreiten, als sie es für notwendig hielten. Infolge des darin zum Ausdruck kommenden fehlenden Interesses des Staates am Ausgang des Rechtsstreits ist es nur natürlich, die Tätigkeit des Gerichts dort beendet sei zu lassen, wo die Parteien nicht mehr streiten wollen und gegenseitiges Einvernehmen herrscht. Das Parteiverhalten ist maßgebend, und ruht die Tätigkeit der Partei, so besteht für den Richter erst recht nicht Veranlassung, an der Feststellung des Tatbestandes mitzuwirken[66]). Dem Grundsatz der Selbstverantwortung entsprach es auch schließlich, wenn man von den Parteien verlangte, daß sie sich bei der Abgabe des Geständnisses seiner Bedeutung und Tragweite bewußt waren. Deshalb die erschwerten Voraussetzungen für den Widerruf des Geständnisses[67]).

Ist somit die gesetzliche Regelung des echten und fingierten Geständnisses durchaus folgerichtig in das die ZPO. beherrschende System der V.-m. eingebaut, so drängt sich die Frage auf, wie auf diesem Gebiete in Zukunft zu verfahren sei? Es fehlt nicht an Stimmen, die die Beseitigung des Geständnisses in der jetzigen Form mit der Begründung verlangen, daß es nicht mehr angängig sei, den Richter durch Prozeßnormen zu zwingen, seine Entscheidung auf einem gekünstelten Sachverhalt aufzubauen[68]). Wahrheitswidrige Urteile sollen nicht mehr gefällt werden. Gewiß war schon an früherer Stelle darauf hingewiesen, daß an der Notwendigkeit der Wahrheitsforschung in Zukunft kein Zweifel mehr sein kann. Es ist aber m. E. untunlich, die Einrichtung des Geständnisses und das Gebot der materiellen Wahrheit miteinander zu verquicken. Welches sind denn eigentlich die Wirkungen des Geständnisses auf den Richter? Doch nur die, daß dieser nicht mehr verpflichtet ist, über die zugestandenen Tatsachen Beweis zu erheben. Das Gesetz verlangt keineswegs von ihm, daß er die zugestandene Tatsache nunmehr als wahr hinnimmt[69]). Eine Überzeugung von dem Bestehen einer Tatsache kann dem Richter, der die Gewißheit in Wirklichkeit nicht hat, auch von Gesetzeswegen nicht aufgezwungen werden. Er legt das Geständnis seiner Entscheidung nicht deshalb zugrunde, weil er nunmehr von der Wahrheit der zugestandenen Tatsache überzeugt ist, sondern weil ihn das Gesetz

66) Vgl. Schneider a. a. O. S. 40/41.

67) Daß insoweit durchaus eine andere Lösung möglich ist, zeigt die österreichische ZPO., die im § 266 Abs. 1 die Wirkungen des Widerrufs in das Ermessen des Gerichts stellt.

68) Vgl. Fischer a. a. O. S. 474; Bernhardt a. a. O. S. 72.

69) Vgl. Bülow a. a. O. S. 223 ff.

zur Vereinfachung des Rechtsganges ein derartiges Verhalten vorschreibt. Der Gesetzgeber will nämlich die Parteien mittels der prozessualen Form des Geständnisses in die Lage versetzen, das Ergebnis im Prozeß herbeizuführen, das sie durch materiellrechtliche Handlungen auch herbeiführen könnten. Nur wenn dieser Grundsatz für die Zukunft als unrichtig erkannt wird, bedarf es auch einer Einschränkung der Geständnisfolgen. Wir hatten aber schon darauf hingewiesen, daß kein Grund vorhanden ist, die Verfügungsgewalt im künftigen Prozeß zu beseitigen. Sicherlich kommt es auf die Sicherung der Rechtsordnung im Interesse der Gemeinschaft an. Will aber eine Partei die ihr daraus erwachsenen Berechtigungen nicht für sich in Anspruch nehmen, so soll ihr die Rechtsordnung diese nicht aufdrängen. Es liegt nicht im Interesse einer gerechten Einrichtung des Gemeinschaftslebens, wenn jemand zur Rückzahlung eines Darlehns verurteilt wird, nur weil es ihm nicht gelungen ist, die mit dem Kläger besprochene Stundungsabrede zu beweisen. In solchem Falle hat das Gericht alles zur Aufklärung des wahren Sachverhalts zu tun. Ganz anders ist jedoch der Fall zu beurteilen, wenn der Beklagte sich aus irgendwelchen Gründen der Wahrheit zuwider entschließt, die Fälligkeit des Darlehnsanspruchs zuzugeben. Weshalb soll hier der Staat dem einzelnen seine Hilfe aufdrängen, die von ihm gar nicht verlangt wird?

Es wird durch die Abgabe der prozessualen Erklärung nichts anderes erreicht, als das, was die Parteien außerhalb des Prozesses hätten erreichen können. Die Rechtsordnung kann nur dann nicht als gewahrt gelten, wenn unter Zuhilfenahme eines staatlichen Organs einer Partei Unrecht zugefügt wird. Finden sich diese durch eigene Handlungen bereit, dieses „Unrecht" zu sanktionieren, so mag sich auch die Rechtsordnung hiermit zufriedengeben, selbst wenn einmal Interessen Dritter auf dem Spiel stehen sollten[70]). Eine Rechtfertigung, die Verfügungsfreiheit der Prozeßparteien einzuschränken, kann jedenfalls hierin nicht gefunden werden. Hat also die prozessuale Einrichtung des Geständnisses nichts mit dem Grundsatz der Wahrheitsforschung zu tun, so ist es auch abwegig, aus der Wahrheitspflicht der Parteien Einschränkungen der Geständnisfolgen herzuleiten. Es wird nämlich die Meinung vertreten, daß der Richter nicht an die wider besseres Wissen zugestandenen Behauptungen gebunden werden darf[71]). Zur Begründung wird dar-

70) Gedacht ist hierbei an den Fall, daß z. B. durch zu frühzeitige Rückzahlung des Darlehns dem Betrieb des Schuldners das nötige Kapital entzogen wird und die Produktion deshalb eine im Gemeininteresse unerwünschte Einschränkung erfährt.

71) Vgl. Fischer a. a. O. S. 474 ff.; Benkendorff a. a. O. S. 206; Rietzsch Deutsches Strafrecht 1934 S. 13; Welzel a. a. O. S. 17; und Bernhardt a. a. O. S. 1404 ff.

auf hingewiesen, daß die Wahrheitspflicht nicht nur den Gegner schütze, sondern auch eine Irreführung des Gerichts vermeiden wolle. Ein autoritärer Staat könne es nicht dulden, daß man seine Richter anlügt und ihnen zumutet, die Entscheidung auf einem unrichtigen Sachverhalt aufzubauen. Es kann auf die Bedeutung und den Umfang der Wahrheitspflicht im einzelnen hier nicht eingegangen werden. Richtig ist sicher soviel, daß der § 138 Abs. 1 nicht nur den Schutz des Gegners im Auge hat, sondern mindestens in gleichem Maße die mißbräuchliche Ausnutzung der staatlichen Rechtspflege als solcher verhindern will. Es ist deshalb unzutreffend, die Wahrheitspflicht lediglich als Ausfluß des allgemeinen Rechtsgedankens der bona fides aufzufassen. Jedoch kann nicht zugegeben werden, daß ein nicht auf Tatsachen beruhendes Geständnis einer bewußten Irreführung des Gerichts gleichzusetzen ist. Grundsätzlich ist es zwar richtig, daß der Richter, der unwahre Tatsachen seiner Entscheidung zu Grunde legt, sich regelmäßig in einem Irrtum befindet, da er von der Wahrheit seiner Feststellungen überzeugt ist. Anders beim Geständnis. Hier irrt er nicht, weil er an die Wahrheit der zugestandenen Tatsachen nicht glaubt[72]). Er entscheidet unabhängig davon, ob die Tatsachen wahr oder nicht war sind, weil er an den Verfügungswillen der Partei gebunden ist. Ihm kann es deshalb gleichgültig sein, ob das Geständnis dem wirklichen Sachverhalt entspricht. Ein Verstoß gegen § 138 ist somit selbst bei einer wider besseres Wissen abgegebenen Geständniserklärung nicht gegeben. Allerdings ist eine Ausnahme zu machen. Führen die Parteien im beiderseitigen Einverständnis einen Scheinprozeß und wollen gar nicht den Richter über ein streitiges Rechtsverhältnis entscheiden lassen, sondern das Gericht dazu mißbrauchen, zum Beispiel eine nicht vorhandene Forderung zum Nachteile eines Dritten im Wege des Geständnisses feststellen zu lassen, so verletzen die Parteien gröblich ihre Wahrheitspflicht. Das Gericht ist an ihre Behauptungen nicht gebunden, da der Staat mit dem § 138 Abs. 1 unverkennbar zum Ausdruck bringt, daß verfahrensrechtliche Einrichtungen nicht zu unlauteren Zwecken mißbraucht werden dürfen[73]).

Wenn für die Beibehaltung der Geständnisfolgen in erster Linie der Grundsatz spricht, daß materielle und prozessuale Verfügungsbefugnis einander entsprechen müssen, so findet das Ergebnis noch eine Stütze in allgemeinen Erwägungen. Das Geständnis entspricht in der überwiegenden Anzahl der Fälle dem wahren Sachverhalt. Soll wegen der wenigen Ausnahmen die absolute Beweisausschluß-

72) Vgl. Koffka a. a. O. S. 46.

73) Das wurde übrigens schon vor Einführung der Wahrheitspflicht anerkannt. Vgl. R.G.St. Bd. 59 S. 106.

wirkung beseitigt werden und etwa die freie Beweiswürdigung über die Wirkung eines Geständnisses entscheiden? Zwar wird eine Nichtbeachtung des Geständnisses im allgemeinen nur dann gefordert, wenn die Unrichtigkeit der zugestandenen Tatsachen für den Richter positiv erkennbar ist. Diese Fälle sind aber so selten, daß ihnen praktische Bedeutung nur in sehr geringem Maße zukommt. Die Regel ist doch die, daß der Richter nicht ohne weiteres zu erkennen vermag, ob das Geständnis wahr ist. Will man die Wahrheitspflicht auch auf das Geständnis ausdehnen, so wäre es doch nur folgerichtig, den Richter zu einer Wahrheitsprüfung zu veranlassen. Fühlt er sich durch ein unwahres Geständnis wirklich belogen, so muß ihm auch Gelegenheit gegeben werden, diese Lüge aufzudecken. Das würde aber zu absolut unerwünschten Ergebnissen führen und die Aufgabe des Prozesses, den Rechtsfrieden alsbald wiederherzustellen, sehr erschweren. Der Richter wäre nämlich, sobald ihm Zweifel an der Wahrheit der zugestandenen Tatsache überkommen, genötigt durch Erhebung weiterer Beweise sich Gewißheit zu verschaffen. Das würde eine Verzögerung und Verteuerung des Prozesses bedeuten und besonders unpraktische Folgen zeitigen, wenn eine vielleicht umständliche und weitschweifende Beweisaufnahme schließlich doch die Wahrheit des Geständnisses bestätigt. Die Parteien brächten in einem solchen Falle für ein derartiges Verfahren kein Verständnis auf und zweifelten mit Recht an der Brauchbarkeit des Rechtsganges.

Es kann somit festgestellt werden, daß die Beibehaltung der Geständnisfolgen nicht nur in der Verfügungsgewalt der Parteien begründet liegt, sondern auch gleichzeitig im Interesse einer Vereinfachung und Beschleunigung der Prozesse geboten ist[74]).

V. Verstärkung der richterlichen Mitwirkung bei der Feststellung des Tatbestandes.

Für die Feststellung des Tatbestandes gilt gemäß § 282 grundsätzlich die Regel, daß die dem Richter obliegende Beweisaufnahme entsprechend der V.-m von dem vorherigen Beweisantritt der Parteien abhängig ist. Daraus, daß der Richter gehalten ist, eine Entscheidung erst zu erlassen, wenn eine hinreichende Klärung des Sachverhalts erfolgt ist, auf der anderen Seite aber gezwungen ist, für den Fall der Beweiserhebung den Beweisantritt der Partei abzu-

74) Vgl. schon Bülow a. a. O. S. 242/45: „Dem gerichtlichen Geständnis ist seine über Beweis- und Wahrheitsprüfung hinweghelfende Wirkungskraft nicht deshalb beigelegt, weil es jeweils der geständigen Partei so beliebt ..., sondern deshalb, weil das Abstandnehmen von der Wahrheitsprüfung im öffentlichen Rechtspflegeinteresse durch die Rücksicht auf das Gemeinwohl, die publica utilitas, durch das Wesen der Rechtsordnung als einer Friedensordnung geboten ist."

warten, hat sich ein gewisser Widerspruch ergeben. Den Richter, der sich eine Überzeugung bilden soll, kann man in der Anwendung der Erkenntnismittel nicht nur an das Parteiverhalten binden. Aus dieser Einsicht heraus hat man sich denn auch weitestgehend zu einer Durchbrechung der V.-m entschlossen und den Richter in immer größerem Umfange ermächtigt, von Amts wegen Beweis zu erheben. So kann er unabhängig von dem Antrag der Parteien die Einnahme des Augenscheins[75]) und die Begutachtung durch Sachverständige anordnen (§§ 144 und 272 b). Das Gericht hat weiterhin die Möglichkeit, den Parteien die Vorlegung von Urkunden aufzugeben. Zwar schränkt der § 142 die Anordnung der Vorlage auf solche Urkunden ein, auf die sich die Partei bezogen hat. Da jedoch der § 272 b II Ziff. 1 gemeinhin gestattet, den Parteien die Vorlage von Urkunden aufzugeben, besteht kein Anlaß mehr, die in § 142 enthaltene Beschränkung beizubehalten. Was dem Vorsitzenden bezw. dessen Beauftragten schon vor der mdl. Vhdl. gestattet ist, muß erst recht dem Prozeßgericht im Verlauf des Verfahrens zugebilligt werden[76]). Hierher gehört auch die Befugnis des Gerichts, die Vorlegung von Handelsbüchern der Vollkaufleute und von Tagebüchern der Handelsmakler von Amts wegen anzuordnen. (§§ 45, 47 und 102 HGB.) Es läßt sich nicht leugnen, daß durch diese Vorschriften der Richter an der Feststellung des Sachverhalts in gewissem Maße mitbeteiligt ist. Dabei ist es bei einer Beweiserhebung von Amts wegen bisher niemanden eingefallen, zu behaupten, die Beweisführungspflicht und die Beweislast der Partei sei damit außer Kraft gesetzt, obgleich das Argument im Kampf gegen die Untersuchungsmaxime immer wieder verwandt wird. Was ist denn aber eine Beweiserhebung von Amts wegen weiter als eine Anwendung der in der U.-m. zum Ausdruck kommenden Grundsätze? Es kann also erneut festgestellt werden, daß die Pflicht, dem Richter das Beweismaterial zu verschaffen, und die Regelung der Beweislast immer dieselbe bleibt, gleich ob die Beweise von Amts wegen oder auf Antrag der Parteien erhoben werden. Es kommt nur darauf an, daß streitige Tatsachen bewiesen werden, wobei es unerheblich ist, auf wessen Veranlassung die Beweiserhebung geschieht. Es bestehen deshalb keine Bedenken, auch beim

75) Wie man anfangs auch hier an der V.-m. festhalten zu müssen glaubte, zeigt die Stellungnahme Wachs, Vorträge S. 77, der den Richter verpflichten wollte, bei Anordnung der Augenscheinseinnahme nicht mit dem Prinzip der Parteibeschaffung des Beweismaterials zu brechen, also eine solche Anordnung zumindestens nicht gegen den Willen der Partei zu erlassen.

76) So Baumbach zu § 142 I. Diese Auslegung ist besonders zu begrüßen, weil damit, wie Zink a. a. O. S. 362 sich zutreffend ausdrückt, eine Urkunde nicht erst mit Hilfe eines Editionsgesuches vom Gegner herausmanöveriert zu werden braucht und damit das ganze Beweisverfahren durch Urkunden eine nicht zu unterschätzende Vereinfachung erhält.

Zeugenbeweis im kommenden Recht dem Richter die Möglichkeit einzuräumen, die Vernehmung von Amts wegen anzuordnen. Wenn bei sämtlichen anderen prozessualen Beweismitteln der Richter bei ihrer Anwendung nicht von dem Beweisantritt der Partei abhängig ist, besteht auch hier kein Grund, es bei der durch die V.-m bedingten Beschränkung zu belassen. Die Parteiverantwortlichkeit, die sich in der Pflicht, dem Richter das Beweismaterial zu bringen, äußert, erleidet damit keine Einengung. Der Richter übernimmt in der Bestimmung der Beweismittel nicht die Initiative, er ist nur nicht mehr in der Anordnung des Zeugenbeweises von dem Parteiverhalten abhängig. Die Beibringung der Zeugen bleibt nach wie vor Sache der Parteien, der Richter ist keineswegs verpflichtet, diese Aufgabe ihnen abzunehmen und von sich aus nach dem Vorhandensein von Zeugen zu suchen. Andererseits hat er zur Erforschung der Wahrheit alle sich ihm bietenden Erkenntnismittel heranzuziehen und darf nicht an die Vorschläge der Parteien gebunden bleiben. Glaubt z. B. der Richter, daß eine in einem Schriftsatz als bei einem strittigen Vorgang anwesend genannte Person zur Klärung des Sachverhalts beizutragen vermag, so muß er das Recht haben, sie ohne weiteres zu vernehmen[77]). Er kann sich nicht allein auf die Aktivität der Partei verlassen, die durch Unwissenheit und Unvermögen in ihren Beweisanträgen nicht selten gehemmt ist. Das Gericht ist verpflichtet, bei sich bietender Gelegenheit selbst an der Erforschung der Wahrheit tätigen Anteil zu nehmen. Weshalb soll erst über § 139 die Partei zur Stellung eines entsprechenden Antrags veranlaßt werden, wenn auf Grund der vorliegenden Akten ohne weiteres ein Beweisbeschluß erlassen werden könnte? Das für die jetzige Regelung vom Gesetzgeber einstmals anerkannte Bedürfnis[78]), die Parteien vor belästigendem Aushorchen zu schützen, ist einer übertriebenen Rücksichtnahme auf die persönlichen Interessen der Parteien entsprungen und kann in einem Verfahren, das die Wahrheitsermittlung über die Parteiinteressen stellt, nicht mehr als berechtigt empfunden werden. Desgleichen schlägt der Einwand, daß eine von Amts wegen angeordnete Zeugenvernehmung zu unnötigen Ermittlungshandlungen führe, nicht durch. Die Forderung, den Parteien selbst die Entscheidung zu überlassen, ob sie die Gefahr einer kostspieligen Beweisaufnahme auf sich nehmen wollen, ist unbegründet. Wenn man dem Richter bei der An-

77) Vgl. Heusler a. a. O. S. 250; Schneider a. a. O. S. 75; Zink a. a. O. S. 362: „Um das deutsche Beweisverfahren wieder in billige Grenzen einzudämmen, wird sicher die Eröffnung der Schranke für die Richter, zur Erhebung der Beweise von Amts wegen mitzuwirken, mehr leisten als alles übrige.“ Vgl. auch Ratz a. a. O. S. 38.

78) So Schmidt, Die außergerichtlichen Wahrnehmungen des Prozeßrichters 1 c S. 10 ff.

ordnung der Augenscheinseinnahme und der Begutachtung durch Sachverständige ohne Rücksicht auf die Stellungnahme der Partei die Entscheidung über die Zweckmäßigkeit einer solchen Beweisaufnahme überläßt, besteht kein Anlaß, ihm bei der Anordnung des Zeugenbeweises nicht dasselbe Vertrauen zu erweisen. Auch hier ist bei verständigen Richtern — und für solche wird das Prozeßgesetz erlassen — keine Gefahr vorhanden, daß ins Blaue hinein Ermittlungen angestellt, die Parteien dadurch mit unnötigen Kosten belastet werden und der Prozeß verschleppt wird. Es empfiehlt sich deshalb, in Zukunft eine allgemeine Bestimmung in das Prozeßgesetz aufzunehmen, wonach der Richter sich sämtlicher prozessualer Beweismittel nicht nur auf Antrag der Parteien, sondern auch von Amts wegen nach freiem Ermessen bedienen darf.

An die Befugnis der Parteien, die Feststellung des Tatbestandes zu betreiben, knüpfen sich noch andere Folgerungen. So können die Parteien infolge der hier bestehenden V.-m, im Wege der Vereinbarung bestimmte Beweismittel beschränken oder gar ausschließen, auch einzelne Tatsachen dem Beweis restlos entziehen[79]). Als Ausfluß der Parteiherrschaft hat schließlich auch der Grundsatz zu gelten, daß alle angetretenen Beweise zu erschöpfen sind. Allerdings hat die Rechtsprechung dem Richter in m. E. ziemlich ausreichenden Maße die Möglichkeit an die Hand gegeben, in bestimmten Fällen die Anträge unberücksichtigt zu lassen[80]). Deshalb scheint es mir nur erforderlich zu sein, die sog. Beweisverträge auf ihre Vereinbarkeit mit dem Grundsatz der Wahrheitsermittlung zu überprüfen und hier gegebenenfalls Einschränkungen der Verfügungsgewalt der Parteien vorzunehmen. Auf eine Erörterung der Frage muß in diesem Rahmen verzichtet werden, da die vorliegende Untersuchung von selbst eine gewisse Begrenzung gebietet und eine restlose Behandlung aller mit der V.-m zusammenhängenden Fragen nicht gestattet. Es sei deshalb die Betrachtung zur Umgestaltung der Parteiherrschaft für das Gebiet der V.-m hiermit abgeschlossen.

---

79) Vgl. Stein-Jonas zu § 282, VII; Baumbach zu § 282 Vor. E 3; vgl. auch Sachse a. a. O. S. 407 ff.

80) Es erscheint deshalb die Auffassung von Ratz a. a. O. S. 38, daß der Grundsatz der freien Beweiswürdigung in dieser Beziehung nicht gewahrt sei, und dem Richter eine Entscheidung darüber, ob und welche Beweise notwendig sind, nicht zugetraut würde, nicht ganz gerechtfertigt.

Vierter Teil:

Die Dispositionsmaxime und ihre Vereinbarkeit mit dem Prozeßzweck.

I. Materielle und prozessuale Verfügungsbefugnis.

Während im Rahmen der V.-m die Verfügungsgewalt der Parteien sich in der Einwirkungsmöglichkeit auf den Tatbestand äußert, tritt diese bei der D.-m mehr in der Befugnis der Parteien in Erscheinung, auf den Gang des Verfahrens einzuwirken. Sie haben es in der Hand, Beginn, Ende und Umfang des Prozesses zu bestimmen sowie im Wege des Klagverzichts, des Klaganerkenntnisses, der Klagrücknahme und schließlich des Vergleichs den Verlauf des Verfahrens zu beeinflussen. Es ist nicht zu leugnen, daß damit der Partei ein beträchtlicher Teil von Befugnissen eingeräumt und der Richter in weitem Umfange an den Parteiwillen gebunden ist. Deshalb wird auch die Forderung erhoben, die D.-m als Grundsatz zu beseitigen oder mindestens ihre Wirkungen einzuschränken[1]). Dabei wird geltend gemacht, daß das bisherige Prinzip der vergangenen politischen Grundhaltung entsprungen sei und ein Grundsatz keine Anerkennung mehr finden könne, der die gemeinschaftsnotwendige Tätigkeit des Richters von der Initiative der Partei abhängig mache, um die freiheitliche Betätigung des einzelnen zu schützen[2]). Gleichwohl wird zugegeben, daß es sich aus Zweckmäßigkeitsgründen empfiehlt, der Initiative des einzelnen die Wahrung der Gemeinschaftsordnung anzuvertrauen. Darin liegt ein Widerspruch. Die ganze Frage kann nicht vom Prozeßrecht her, sondern nur vom materiellen Recht aus einer klaren Entscheidung zugeführt werden. Der Prozeß ist der Diener der Rechtsordnung. Gibt diese den Parteien ein Gebiet frei, auf dem sie ihre Rechtsbeziehungen nach eigenem Ermessen innerhalb der von dem Gemeininteresse gezogenen Schranken regeln können, so hat sich auch das Prozeßgesetz diesem Verlangen der Rechtsordnung zu fügen und die Handlungsfreiheit des einzelnenen nicht über das von dieser gesetzte Maß hinaus einzuschränken. Materielle und prozessuale Verfügungsbefugnis hängen so eng zusammen, daß die eine nicht von der anderen getrennt werden kann. Wenn es deshalb ein unerschütterliches Prinzip war, den Parteien eine prozessuale Verfügungsgewalt einzuräumen, so hat dieser Grundsatz seine letzten Wurzeln im materiellen

1) Vgl. Seydel a. a. O. S. 506 ff.; Schoan a. a. O. S. 138; wohl auch Ratz a. a. O. S. 22 ff.
2) So Seydel a. a. O. S. 506 ff.

Recht. Die Rechtsordnung suchte bisher, die Vertragsfreiheit der Individuen in möglichst weitem Umfange zu gewährleisten und überließ deshalb im wesentlichen den Parteien die Ausgestaltung ihrer Lebensbeziehungen. Dem trug der Prozeß Rechnung und schuf auch auf seinem Gebiete eine entsprechende Handlungsfreiheit. Da in Zukunft das materielle Recht für den einzelnen ein Mehr an Einschränkungen enthalten wird, so ist es selbstverständlich, daß die prozessuale Verfügungsfreiheit in gleichem Maße davon mitbetroffen wird. Man trifft deshalb nicht ganz den Kern der Frage, wenn man die Forderung aufstellt, die freie Disposition der Parteien im Prozeß müsse unbedingt beibehalten werden. Die D.-m ist für sich allein gesehen kein zwingendes Prinzip und der Begriff birgt die Gefahr in sich, zu schlagwortmäßig verwandt zu werden. Es ist immer wieder zu betonen, daß die D.-m sich in steter Abhängigkeit zum positiven Recht befindet. Der Gesetzgeber hat es jederzeit in der Hand, hier dem einzelnen Beschränkungen aufzuerlegen und somit auch seine Verfügungsfreiheit im Prozeß entsprechend einzudämmen.

Wir kommen deshalb zu dem **Ergebnis**, daß die prozessualen Befugnisse der Parteien, über den Streitgegenstand zu verfügen, in der Regel in dem Maße beizubehalten sind, in dem das materielle Recht seinerseits den einzelnen Personen eine privatrechtliche Handlungsfreiheit einräumt. Daraus ergeben sich eigentlich von selbst die Folgen für die künftige Behandlung der Parteidisposition.

II. Über den Beginn des Verfahrens und den Umfang der richterlichen Prüfung.

Der Staat hat sich bisher nicht veranlaßt gesehen, die Wiederherstellung eines gekränkten Rechts von sich aus in die Wege zu leiten, sondern hat es grundsätzlich den Parteien überlassen, seine Rechtshilfe im Einzelfalle anzurufen. In die privaten Rechtsbeziehungen der Staatsbürger in einer Zeit einzugreifen, die die persönliche Freiheit in einer größtmöglichen Unabhängigkeit vom Staate sah, wäre auch als der Gipfelpunkt staatlicher Bevormundung erschienen. Wenngleich solche Erwägungen heute gegenstandlos geworden sind, ist die Entscheidung über den Beginn des Verfahrens im allgemeinen auch künftig den Parteien zu überlassen. Zwar hat der Prozeß Hüter der völkischen Rechtsordnung zu sein. Daraus ist aber noch nicht grundsätzlich die Forderung herzuleiten, daß ein staatliches Organ zu bestellen und ihm die Befugnis zu verleihen sei, dort einzugreifen, wo Gemeinschafts-

interessen in besonderem Maße auf dem Spiele stehen und die Partei von sich aus keine Anstalten trifft, eine gerichtliche Entscheidung herbeizuführen[3]). Die Bedenken liegen dabei nicht auf formellem Gebiet. Es wäre z. B. denkbar, die Stellung des staatlichen Organs im Prozeß in eine Art Prozeßstandschaft zu kleiden. Der Staat könnte weiterhin im Falle des Mißerfolges verpflichtet werden, die Kosten des Rechtsstreits zu übernehmen, um der Partei die materiellen Opfer eines von ihr nicht angestrengten Prozesses zu ersparen. Eine solche allgemeine Regelung verbietet sich aber solange, als es der ausschließlichen Parteiverfügung unterliegende Rechte gibt. Es genügt deshalb, die Initiative des einzelnen einzuschalten und ihn insoweit an der Wahrung der Rechtsordnung mitzubeteiligen. Diese ist der eigentliche Motor eines jeden Prozesses und wie man fast in jedem Stadium des Verfahrens auf ihre antreibende Kraft vertraut, kann man ihr auch die Entscheidung über den Beginn des Rechtsstreits überlassen. Die wirtschaftlichen Bedürfnisse und Interessen der Partei sind zumeist das sicherste Mittel, um irgendwelche Rechtsverletzungen der richterlichen Entscheidung zuzuführen. Zudem wird ein gesundes Rechtsgefühl niemals eine Rechtskränkung ohne weiteres hinnehmen. Es wird vorläufig im deutschen Volke eher zu viel als zu wenig prozessiert, wobei die Ursachen in wirtschaftlich bedeutenden und die Allgemeinheit berührenden Prozessen nicht so sehr in einer gewissen Rechthaberei und Streitsucht als in einem ausgeprägten Rechtsempfinden zu suchen sind. Außerdem wird die berufsständische Eingliederung eines jeden Volksgenossen ein übriges tun, um Rechtsbrüche, an deren Verfolgung die Gemeinschaft besonders interessiert ist, nicht ungesühnt durch eine gerichtliche Entscheidung hingehen zu lassen, so daß es an der Ausrichtung der allgemeinen Ordnung nicht fehlen wird. Schließlich ist aber immer wieder hervorzuheben, daß der Staat den einzelnen auf weitem Gebiet ausdrücklich gestattet, mit ihren Rechten beliebig zu verfahren. Er bringt damit selbst zum Ausdruck, daß ihm an einem zwangsweisen Eingriff in die Rechtsbeziehungen seiner Bürger nichts gelegen ist. Allerdings steht es ihm jederzeit frei, den Kreis der Privatrechte Einschränkungen zu unterwerfen. Daraus kann sich gegebenenfalls auch eine Beschränkung der prozessualen Befugnisse ergeben. Es sei als Beispiel auf das Aktiengesetz vom 30. 1. 1937 verwiesen. Hiernach ist die Höhe der Gewinnbeteiligung der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder an bestimmte Voraussetzungen gebunden und damit im gewissen Maße der freien Vereinbarung der Beteiligten entzogen. Der Aufsichtsrat hat die Aufgabe erhalten, die Festsetzung einer übermäßigen Gewinnbeteiligung der Vor-

3) Vgl. Art. II der sowjetrussischen Prozeßordnung, wonach ein Zivilprozeß auch auf Betreiben des Staatsanwalts eingeleitet werden kann.

standsmitglieder zu verhindern. Da aber im besonderen Maße die Interessen des Unternehmens eine angemessene Lösung dieser Frage verlangen, glaubt man, sich nicht allein auf die Initiative der Aufsichtsratsmitglieder verlassen zu können und hat deshalb die Staatsanwaltschaft damit beauftragt, gegebenenfalls im Klagwege die Herabsetzung der Gewinnbeteiligung zu erzwingen (§ 77 und § 98 Akt.G.). Diese übernimmt im gewissen Sinne die Rolle der fehlenden Partei und entzieht dieser insoweit die Entscheidung darüber, ob ein Verfahren einzuleiten ist. Wir haben es hier mit einer Einrichtung zu tun, die wahrscheinlich noch mehrfach in Erscheinung treten wird. Überall dort, wo Interessen dritter Personen oder der Gemeinschaft besondere Berücksichtigung verdienen, wird die Rechtsordnung die materielle Verfügungsgewalt der unmittelbar Beteiligten einschränken und sich des Prozesses zur Durchsetzung ihres Willens bedienen. Die Initiative der Beteiligten reicht nicht immer aus und muß deshalb durch ein Organ des Staates ersetzt werden. Das positive Recht kann somit jederzeit ungeachtet der D.-m das Gebiet der offiziellen Prozeßeinleitung erweitern. So wäre es z. B. auf dem Gebiete des unlauteren Wettbewerbs denkbar, die gemäß § 13 UnlWG. den Gewerbetreibenden und den gewerblichen Verbänden zustehende Klagbefugnis auch der Staatsanwaltschaft mitzuübertragen[4]), wobei die Zweckmäßigkeit einer solchen Regelung in diesem Zusammenhang dahingestellt bleiben kann. Es läßt sich nicht verkennen, daß aus solchen Erwägungen heraus der D.-m für den Prozeßbeginn keine grundlegende Bedeutung zukommt. Deshalb dürfte es richtiger sein, die D.-m in dieser Beziehung nicht als unumstößliches Prinzip zu erklären, sondern einfach festzustellen, daß die Entscheidung über den Prozeßbeginn zwar im allgemeinen den Parteien zu überlassen ist, der Gesetzgeber jedoch jeder Zeit für bestimmt geregelte Fälle die Parteiinitiative durch ein Organ des Staates ersetzen kann.

Der Umfang der richterlichen Prüfung ist infolge der Verpflichtung der Partei, entsprechende Anträge zu stellen, von dem Parteiwillen abhängig. Kein Richter ist auf Grund der ausdrücklichen Bestimmung des § 308 befugt, einer Partei etwas zuzusprechen, was nicht beantragt ist. Darunter ist zu verstehen, daß der Partei nicht mehr, aber auch nichts anderes zuerkannt werden darf. Als etwas anderes gilt dabei schon eine Verurteilung aus unerlaubter Handlung statt aus Vertrag[5]). Über den Antrag der Partei hinauszugehen, wozu z. B. die russische Prozeßordnung den Richter ausdrücklich ermächtigt[6]), besteht kein Anlaß. Man wird aber von

4) Vgl. hierzu: Schon Schmidt a. a. O. S. 358 ff.

5) Vgl. R.G. Bd. 96 S. 200; Baumbach zu § 308 Ziff. 2; a. A. R.G. 5. 2. 17 Rdsch. 51/52, 11.

6) Vgl. den Nachweis bei Schönke a. a. O. S. 441 ff.

dem Richter verlangen müssen, daß er durch Ausübung des Fragerechts künftig die Parteien auf die Möglichkeit, ein Mehr von dem Gegner zu fordern, aufmerksam macht. Es kommt darauf an, den Konfliktsstoff ganz zu bereinigen ohne Rücksicht auf die vielleicht aus Unvermögen oder Unkenntnis nicht vollständig gestellten Anträge. Es gilt, über einen Lebensvorgang zu entscheiden, nicht über in starre Formen gefügte Anträge. Bisher in der Anwendung des § 139 bestehende Beschränkungen haben dabei aus den schon genannten Gründen fortzufallen. Will allerdings die Partei von der ihr gebotenen Handhabe keinen Gebrauch machen, so hat sich der Richter ihrem Willen zu fügen. Ähnlich steht es mit der Frage, ob der Richter befugt sein soll, der Partei etwas anderes zuzusprechen, als was sie beantragt hat. Das Verbot findet zweckmäßig seine Auflockerung durch eine weitgehende Aufklärungstätigkeit des Gerichts. Anläßlich der Erörterung über die Ausgestaltung des Fragerechts war schon auf die Pflicht des Richters, auf eine umfassende Behandlung des Streitstoffes hinzuwirken und eine ganzheitliche Entscheidung anzustreben, hingewiesen. Was über die Unzulänglichkeit des starren Anspruchsdenkens ausgeführt wurde, gilt hier im gleichen Maße und braucht nicht noch einmal wiederholt zu werden[7]). Eine Bindung des Richters ist nur dann anzuerkennen, wenn die Partei trotz ausdrücklichen Hinweises auf die Möglichkeit einer anders gearteten Entscheidung als der beantragten an ihrem ursprünglichen Antrag festhält. Und zwar ist der Richter künftig nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet, die Partei über die vorhandenen Möglichkeiten aufzuklären. Nur dann kann nämlich die Entscheidung aus einer mehr oder weniger engen Beurteilung eines in sich abgeschlossenen, der Vergangenheit angehörenden Tatbestandes zu einer das Lebensverhältnis voll umfassenden Gestaltung emporgeführt werden. Die Bindung des Richters an die Anträge in bisherigem Sinne wird so eine wirksame Auflockerung erfahren. Hält die Partei ausnahmsweise trotz Belehrung an ihrem Antrage fest, wird sie gewichtige Gründe haben, und der Richter hat keine Veranlassung, den Willen der Partei nicht anzuerkennen, solange er außerhalb des Prozesses entsprechende Beachtung findet.

III. Zur Beibehaltung der Klaganerkenntnis- und Klagverzichtsfolgen. – Die Klagrücknahme.

Anerkenntnis und Verzicht sind die vor Gericht abgegebenen Erklärungen, daß der geltend gemachte Anspruch ganz oder zum Teil

7) Vgl. noch die beachtenswerten Ausführungen von Rostosky a. a. O.S. 151 ff., der sich ausdrücklich gegen die Beibehaltung des jetzigen Antragsprinzips, das nur dazu angetan sei, die Lebensbeziehungen zu vergewaltigen, wendet.

begründet sei bezw. aufgegeben werde. Der Richter ist hinsichtlich des Anspruchs einer Prüfung nach der tatsächlichen wie nach der rechtlichen Seite grundsätzlich enthoben.

Aus der Zahl der streitigen Fragen zur Rechtsnatur der beiden Institute berührt uns vor allem in diesem Zusammenhang die, ob Anerkenntnis und Verzicht als Wissens- oder Willenserklärung zu gelten haben[8]). Wir hatten festgestellt, daß das Geständnis sich bald als diese bald als jene darstellt, daß aber in beiden Fällen die Geständnisfolgen einzutreten haben. Ganz ähnlich steht es auch hier, wie sich überhaupt vielfach zwischen diesen Instituten Parallelen ergeben. Hegler[9]) erklärt den Prüfungsausschluß aus „dem streitlosen Verhalten des Interessenten." Infolge der mangelnden Initiative der Partei habe auch der Richter keine Veranlassung, in die Prüfung des behaupteten Anspruchs einzutreten, da aus dem Verhalten der Partei zu schließen sei, daß sie zwar alle Möglichkeiten geprüft habe, aber zu dem Ergebnis gekommen sei, nicht bestreiten zu können. Es sei kein Anlaß da, anzunehmen, daß die von der Partei vorgenommene Prüfung nicht der objektiven Wahrheit entspreche. Hegler's Theorie, die prüfungsausschließende Wirkung nicht nur bei Anerkenntnis und Verzicht, sondern auch beim Geständnis, dem Schweigen und der Säumnis auf das streitlose Verhalten der Partei zurückzuführen, wäre an sich als Vereinfachung in dogmatischer Hinsicht zu begrüßen, scheitert aber daran, daß die Partei auch anerkennt oder zugesteht, trotzdem sie an dem ihrer Erklärung zugrunde liegenden Inhalt zweifelt oder sogar von seiner Unwahrheit überzeugt ist[10]). Wenn auch in der Mehrzahl aller Fälle das Anerkenntnis wie auch der Verzicht als Wissens- oder Wahrheitserklärungen zu werten sind, so wird die Partei sich in anderen Fällen ungeachtet der Wahrheit ihrer Erklärung dem Gegner unterwerfen wollen. Es ist deshalb nicht zu verkennen, daß beide Institute genau wie das Geständnis weder ausschließlich den Charakter von Willens- noch von Wissenserklärungen tragen, sondern bald als diese, bald als jene zu deuten sind. Bisher war es nicht zweifelhaft, daß ohne Unterschied, ob Willens- oder Wissenserklärung, der Richter an die prüfungsausschließende Wirkung gebunden war. Aber auch künftig wird man hieran festhalten müssen. Gewiß ist nicht zu verkennen, daß sich auf diesem Wege eine Übereinstimmung von wirklicher und urteilsmäßiger Sachlage nicht immer erreichen läßt. Aber der Zweck des Prozesses, den wahren Sachverhalt zu ermitteln, findet billigerweise dort seine Grnzen, wo der Wille der Partei, über den Streitgegenstand während der

8) Vgl. Stein-Jonas zu § 307 Ziff. 1 u. Anm. 10.
9) a. a. O. S. 228 ff.
10) Vergl. Lehmann a. a. O. S. 219 ff.

Prozesses zu verfügen, ein berechtigtes Verlangen darstellt. Das ist beim Anerkenntnis und Verzicht der Fall. Wie der ganze Prozeß, so stehen auch die einzelnen Prozeßhandlungen im Dienste des materiellen Rechts. Weil die Rechtsordnung den Parteien außerhalb des Prozesses gestattet, materielle Feststellungsverträge zu schließen, darf der Prozeß sich dem Verfügungswillen der Partei im Verfahren ebenfalls nicht verschließen. Natürlich geht die Anerkennung der Parteidisposition nicht soweit, daß es ihnen ohne weiteres gestattet ist, das Streitverfahren der privaten Vertragssphäre dienstbar zu machen. Das Wort „Streitverfahren" besagt schon, daß der Prozeß nur dazu da ist, wirklich streitige Verhältnisse zu entscheiden. Das Verfahren darf nicht dazu mißbraucht werden, materielle Feststellungsverträge in prozessualer Form abzuschließen. Wir werden gleich darauf noch einmal zurückkommen. Die Beachtung des Parteiwillens liegt überdies im Interesse einer schleunigen Rechtsbefriedigung. Schon aus diesem Grunde ist es absolut unzweckmäßig, dem Richter eine Nachprüfung des Anspruchs zur Pflicht zu machen; denn in den weitaus meisten Fällen erreicht man das Ziel eines wahrheitsgemäßen Urteils sehr viel schneller und besser ohne Wahrheitsprüfung. All die Nachteile wie Zeitverlust, unnötiger Kostenaufwand und das Mehr an Mühe und Arbeit für Gericht und Parteien steht in absolut keinem Verhältnis zu den erreichbaren Erfolgen. Es wird dem Richter nur ausnahmsweise gelingen, die Unstimmigkeit zwischen Anerkenntnis und wahrer Sachlage nachzuweisen. Außerdem besteht die Gefahr, daß eine allgemeine Nachprüfungspflicht bald zu einer Formalität herabsinken würde, da der Richter naturgemäß die zu erwartende Fruchtlosigkeit der weiteren Beweisaufnahme scheut und sich weitgehend auf die Glaubwürdigkeit der Partei berufen wird. Man kann sich deshalb nur dann die Vorteile des Anerkenntnisses und des Verzichts sichern, wenn man auch die seltenen Fälle einer unrichtigen Erklärung in die Anerkenntnis- und Verzichtswirkungen einbezieht. Aus der Abhängigkeit der prozessualen von der materiellen Verfügungsgewalt ergeben sich unschwer die Grenzen der Wirksamkeit des Anerkenntnisses und des Verzichts. Die Prüfung ist nicht ausgeschlossen, wenn der Wille der Partei nicht imstande ist, einen Anspruch wie den vom Kläger geltend gemachten zu erzeugen bezw. der Kläger nicht durch einfachen Willensakt ein Recht aufgeben kann. Hier scheiden sich die Auffassungen von der Rechtsnatur des Anerkenntnisses und des Verzichts als einer reinen Prozeßhandlung und als eines aus prozessualen und materiellen Bestandteilen gemischten Instituts. Während die eine Seite für die Zulässigkeit des Anerkenntnisses auf das öffentliche Interesse verweist, stellt es die andere darauf ab, ob die Parteien materiell berechtigt sind, eine dem Anerkenntnis entsprechende Rechtsfolge zu

erzeugen[11]). Zu praktischen Ergebnissen führt mehr die letztere Ansicht. Der Begriff des „öffentlichen Interesses" ist zu dehnbar, um immer einen sicheren Maßstab abzugeben. Die prozessuale Verfügungsgewalt wird außerdem auch nur deshalb anerkannt, weil sie im materiellen Recht besteht. Darum ist es natürlich, diesem den Maßstab dafür zu entnehmen, ob ein Anerkenntnis oder Verzicht im Prozeß zulässig ist. Die Rechtsordnung wird das Gebiet, auf dem der einzelne seine Rechtsbeziehungen beliebig gestalten kann, sicherlich nicht erweitern, sondern eher eindämmen. Das bedeutet zugleich eine Beschränkung der prozessualen Verzichts- und Anerkennungsmöglichkeit. So sorgt die Rechtsordnung von sich aus dafür, daß im Prozeß mit Hilfe des Anerkenntnisses und des Verzichts nicht Wirkungen erzielt werden, die dem Interesse Dritter oder der Gemeinschaft zuwider laufen.

Es ist schließlich nur noch zu prüfen, ob die wider besseres Wissen anerkennende bezw. verzichtende Partei nicht gegen den Grundsatz der Wahrheitspflicht verstößt? Stein-Jonas vertritt die Ansicht[12]), daß bei einer für das Gericht ohne weiteres erkennbaren Prozeßlüge das Klagvorbringen wegen Verstoßes gegen die subjektive Wahrheitspflicht unbeachtlich sei und dieser Mangel nicht durch ein Anerkenntnis des Gegners behoben werden könne. Wie beim Geständnis scheint er aber die Unwirksamkeit auf die Fälle beschränken zu wollen, in denen die Parteien unter Mißbrauch der prozessualen Formen einen Akt der freiwilligen Gerichtsbarkeit erstreben. Dem ist bedenkenlos zuzustimmen, da es nicht Aufgabe des Prozesses sein kann, unter Vermeidung der Form des bürgerlichen Rechts einen im voraus vereinbarten rechtsgeschäftlichen Erfolg herbeizuführen. Die Parteien spielen in Wirklichkeit dem Gericht nur eine Komödie vor und verstoßen gröblich gegen die Wahrheitspflicht[13]). Ganz allgemein ist deshalb zu sagen, daß immer dann ein Verstoß gegen § 138 Z.P.O. vorliegt, wenn die Parteien einen Scheinprozeß führen. Sei es, daß sie damit materiellrechtliche Formvorschriften umgehen oder aber in beiderseitigem Einvernehmen einen Dritten schädigen wollen[14]). Darüber hinaus immer dann eine Verletzung der Wahrheitspflicht anzunehmen, wenn die Partei gegen ihre Überzeugung den Anspruch anerkennt bezw. auf ihn verzichtet, würde eine Verkennung des Grundsatzes der Wahrheitspflicht bedeuten. Und zwar sind die anläßlich der Erörte-

11) Vgl. Stein-Jonas zu § 307 Ziff. 1 mit eingehender Literaturangabe.

12) a. a. O. zu § 307 III.

13) Zutreffend charakterisiert Jhering dieses Verhalten mit den Worten „Was man hier wollte, das sagte man nicht; was man sagte, das wollte man nicht". Vgl. den Nachweis bei Amelunxen a. a. O. S. 559 ff.

14) Es wird z. B. ein Herausgabeanspruch nach § 985 BGB. anerkannt, um den betreffenden Gegenstand dem Zugriff des Gläubigers zu entziehen.

rung der Geständnisfolgen angestellten Erwägungen auch hier ausschlaggebend. Wir können uns deshalb kurz fassen. Die Wahrheitspflicht verbietet der Partei, sowohl den Gegner durch unredliche Prozeßführung zu schädigen als auch das Gericht durch Unwahrheiten irrezuführen[15]). Bei Abgabe einer bewußt unrichtigen Anerkenntnis- oder Verzichtserklärung kann naturgemäß von einer Schädigung des Gegners nicht die Rede sein. Aber auch eine Irreführung des Gerichts liegt in solchem Falle nicht vor. Erkennt der Beklagte den Klaganspruch an, so gibt er damit gegenüber dem Gericht eine Erklärung über die Wahrheit der Tatsachen nicht ab. Der Richter erläßt nicht das Anerkenntnisurteil, weil er nunmehr von der Wahrheit der Klagbehauptungen überzeugt ist, sondern nur deshalb, weil die Partei anerkennt. Er achtet in dem Anerkenntnis den Verfügungswillen der Partei, der für ihn bindend ist, solange dieser die materielle Herrschaft über den Streitgegenstand zusteht. Dem Gericht kann es deshalb gleichgültig sein, auf welcher Grundlage das Anerkenntnis beruht. Die Folgen des Klaganerkenntnisses und des Klagverzichts bleiben, gleich ob sie eine Wissens- oder Willenserklärung enthalten, deshalb von der Wahrheitspflicht unberührt.

Somit kann festgestellt werden, daß es auch in Zukunft grundsätzlich bei der prüfungsausschließenden Wirkung von Verzicht und Anerkenntnis zu verbleiben hat.

Die Klagrücknahme kann ohne Einwilligung des Beklagten bis zum Beginn der mündlichen Verhandlung erfolgen (§ 271 und § 515). Sie wird als solche Bestandteil jeder Prozeßordnung sein und auch bleiben müssen. Über die Frage, ob das Gericht dabei gänzlich auszuschalten ist und in jedem Falle die Erklärungen der Partei den Richter binden, läßt sich allerdings streiten. Bisher hat man in folgerichtiger Durchführung des Gedankens der Parteiherrschaft die Frage der Klagrücknahme lediglich als eine Sache der Parteien angesehen, die das Gericht nicht berührte. Der Gesetzgeber hielt es nur für notwendig, nach Beginn der mündlichen Verhandlung das Einverständnis des Gegners zu fordern, um dessen berechtigte Interessen zu schützen. Damit ist aber Mißbrauch getrieben worden. Nicht jeder Beklagter war so einsichtig, zu einer schnellen Beendigung des Rechtsstreits seine Einwilligung zu geben; dabei befürchtete er nicht immer, von neuem mit der Klage überzogen zu werden, sondern versagte nicht selten seine Zustimmung in der Absicht, dem andern Schaden zuzufügen. Aus diesen Gründen hat man sich schon veranlaßt gesehen, im Entwurf von 1931

15) Die Unterscheidung ist gerechtfertigt, da eine Irreführung des Gerichts nicht unbedingt eine Schädigung des Gegners zur Folge haben wird.

die Vorschrift dahin umzuändern, daß die Rücknahme nur dann unwirksam sein soll, wenn der Beklagte widerspricht und glaubhaft macht, daß er an der Erledigung des Streits durch gerichtliche Entscheidung ein rechtliches Interesse habe[16]). Die Unzweckmäßigkeit der Parteiherrschaft ist also schon damals auf diesem Gebiete erkannt worden und deshalb eine Mithilfe des Gerichts vorgesehen. Ob die Partei ein rechtliches Interesse an der Durchführung der Klage besitzt, unterliegt der freien Beurteilung des Gerichts. Deshalb ist es einfacher, die Zulässigkeit der Rücknahme nach Beginn der mündlichen Verhandlung ohne weiteres von der Einwilligung des Gerichts abhängig zu machen. Der Richter wird am ehesten in der Lage sein, die Bedeutung der Rücknahme zu würdigen, wobei er sicherlich der Partei Gelegenheit gibt, ihre Bedenken zu äußern. Er hat sich zu überlegen, ob die Klagrücknahme geeignet ist, den Rechtsfrieden unter den Parteien in zuverlässiger Weise herzustellen. Die Interessen des Staates und die der Partei werden sich in der Regel dabei decken. Denn der Beklagte kann an der Fortsetzung des Verfahrens immer nur dann ein berechtigtes Interesse haben, wenn er im anderen Falle befürchten muß, zu einem für den Kläger günstigeren Zeitpunkt wieder in einen Prozeß verwikkelt zu werden. Es braucht sich dabei noch nicht einmal um denselben Anspruch, sondern nur um einen ähnlichen zu handeln, den der Kläger vielleicht nicht geltend machen würde, wenn er im Vorprozeß abschlägig beschieden worden wäre. Bei solcher Sachlage hat auch der Staat ein Interesse an der urteilsmäßigen Erledigung des Rechtsstreits; denn im anderen Falle wird eine endgültige Befriedung unter Umständen nicht erreicht, und der einmal begonnene Prozeß würde eine seiner wichtigsten Aufgaben verfehlen. Das Gericht hätte also seine Zustimmung zur Klagrücknahme im Einverständnis mit der Partei nicht zu geben. Sollte diese aus Gleichgültigkeit oder einer augenblicklichen Scheu vor weiteren Unbequemlichkeiten trotzdem einwilligen wollen, wäre das für den Richter unbeachtlich. Für ihn kommt es nur darauf an, ob eine urteilsmäßige Beendigung des Verfahrens aller Voraussicht nach geboten erscheint, um einen weiteren Prozeß zu vermeiden. Die Partei muß hier einmal eine Einschränkung ihrer prozessualen Verfügungsgewalt hinnehmen.

Man könnte auch daran denken, dem Richter vorzuschreiben, dann seine Einwilligung in die Klagrücknahme zu versagen, wenn die Gemeinschaft an der Klärung einer streitigen Rechtsfrage ein erhebliches Interesse hat. Doch scheint mir eine solche Maßnahme unnötig zu sein. Wir haben bei der Erörterung über den Beginn

16) Vgl. Entwurf § 227.

des Verfahrens festgestellt, daß der Staat im Wege der Gesetzgebung jederzeit in der Lage ist, die Interessen der Gemeinschaft dadurch zur Geltung zu bringen, daß er von sich aus die Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens betreibt. Macht er von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch, so gibt er damit zu erkennen, daß Gemeinschaftsinteressen in besonders hohem Maße nicht auf dem Spiele stehen und er der Initiative der Parteien die Regelung ihrer Beziehungen überlassen will. Es besteht deshalb keine Veranlassung, die Entscheidung darüber, ob der Klagrücknahme Gemeinschaftsinteressen entgegenstehen und deshalb die Fortführung des Prozesses geboten ist, generell dem Richter zu übertragen. So kommen wir zu dem **Ergebnis**, daß das Gericht zu einer Klagrücknahme nach Beginn der mündlichen Verhandlung regelmäßig seine Zustimmung zu erteilen hat. Diese ist nur zu versagen, wenn eine hinreichende Befriedigung unter den Parteien ohne Urteil nicht gewährleistet scheint.

IV. Die Bedeutung der Streitschlichtung im Wege des Vergleichs.

Der Vergleichsgedanke hat sich in der ZPO. von 1877 mit einem sehr kleinen Raum begnügen müssen. Man hat zwar auf den Vergleich als Mittel der Prozeßbeendigung nicht verzichtet, ihn auf gesetzlichem Wege aber auch nicht weiter zu fördern gesucht. Erst mit der Novelle von 1924 begann mit der Einführung des Güteverfahrens der Gesetzgeber, diesem Gebiet wieder im stärkeren Maße seine Aufmerksamkeit zuzuwenden. Dem Versuch, auf solchem Wege eine größere Anzahl von Prozessen gütlich beizulegen, konnte ein voller Erfolg schon um deswillen nicht beschieden sein, weil sich gerade im Anfangsstadium eines Prozesses verhältnismäßig selten Vergleichsmöglichkeiten ergeben. Gericht und Parteien vermögen die Sach- und Rechtslage noch nicht völlig zu überschauen; der Richter ist deshalb nicht in der Lage, einen wohldurchdachten Vergleichsvorschlag zu machen, und die Parteien sind allzuleicht geneigt, nur ihre Auffassung für die allein richtige Lösung zu halten. So bot denn diese erste gesetzliche Maßnahme dem Richter wenig Hilfe in seiner schlichtenden Tätigkeit. Ihm war es, wie wohl auf keinem anderen Gebiete der ZPO., völlig allein überlassen, die richtigen Wege einzuschlagen. Und je nachdem der Richter zu dem Vergleichsgedanken als solchem eingestellt war und welche Fähigkeiten, die Parteien zu leiten, er besaß, wurden an deutschen Gerichten wenig oder viel, gute oder schlechte Vergleiche geschlossen. Dieser Zustand kann nicht beibehalten werden. Der Gesetzgeber wird in Zukunft eine eindeutige Haltung zu den Vergleichs-

fragen einnehmen und sein „Für oder Wider" klar im Gesetz zum Ausdruck bringen müssen. Darum soll hier der Vergleich, der seine Rechtfertigung in der prozessualen Verfügungsgewalt der Parteien findet, auf seine Vereinbarkeit mit der Grundhaltung einer künftigen Prozeßordnung einmal überprüft werden.

Wenn die ZPO. der vergangenen Zeit sich nicht veranlaßt sah, den Vergleichsgedanken auf gesetzlichem Wege zu pflegen, so war das kein Zufall. Es standen sich im Prozeß Einzelpersonen gegenüber, die durch nichts sich einander verbunden fühlten. Für sie kam es deshalb nur darauf an, ihre Interessen mit allen Mitteln durchzusetzen. Der rücksichtslose Kampf machte das Wesen eines Prozesses aus; es konnte demnach nur Sieger und Besiegte geben, jede Mittellösung bedeutete in wirtschaftlicher und moralischer Beziehung eine Niederlage und wurde deshalb als Schwäche und nicht als Wille zur Verständigung gedeutet. Das allgemeine Anspruchsdenken kannte nur ein „Entweder, Oder, ein Alles oder Nichts"[17]). Nicht die Lebensbeziehungen der Parteien galt es zu weiterer Zusammenarbeit zu gestalten, sondern darüber zu entscheiden, was die eine von der anderen verlangen konnte. Man dachte bei der Schöpfung der ZPO. noch nicht daran, ein um wieviel höheres Rechtsgut der durch eine gütliche Einigung erzielte Rechtsfriede oft bedeuten kann gegenüber einem Urteil, das vielleicht auf ewig befeindet anstatt befriedet. So kam es, daß das Gebiet der Streitschlichtung sich nicht der Beachtung des Gesetzgebers erfreute. Wenn gleichwohl die vergleichsweise Beilegung von Rechtsstreitigkeiten im Laufe der Jahre immer mehr zunahm, so lag der Grund dafür in dem stärker werdenden praktischen Bedürfnis nach einem gütlichen Ausgleich.

Wenn heute die Meinung vertreten wird, daß der Gesetzgeber evtl. gut daran tun würde, sich von dem Vergleichsgedanken wieder etwas zu entfernen[18]), so muß dem entschieden widersprochen werden. Gewiß ist es richtig, daß gerade der herrschenden Weltanschauung ein besonderes Maß kämpferischen Geistes eigen und überhaupt jedes schwächliche Nachgeben der deutschen Art zuwider ist. Bei der Übertragung dieser allgemeinen Geisteshaltung auf das Prozeßrecht ist jedoch Vorsicht geboten. Der Behauptung, daß jeder Prozeß Kampf bedeutet, ist nur sehr bedingt zuzustimmen. Rudolf von Jhering hat schon diese Idee vom Kampf in überaus glänzender Weise in seiner Schrift „Der Kampf um das Recht" unter dem Motto: „Im Kampfe sollst du dein Recht finden" verfochten. Trotzdem weiß er die Nachgiebigkeit und die Versöhnlichkeit, die Milde und Friedfertigkeit in seiner Theorie zu wür-

17) Vgl. Lange a. a. O. Sp. 296 ff.
18) Vgl. Kisch a. a. O. S. 201.

digen und erkennt ihre heilsamen Wirkungen durchaus an. Bekämpft wird von ihm nur die unwürdige Erduldung des Unrechts aus Feigheit, Indolenz und Bequemlichkeit[19]). Spielt in dem Prozeß nicht das subjektiv oder objektiv verletzte Rechtsgefühl die entscheidende Rolle, sondern geht es um reine Interessenfragen, so betrachtet auch Jhering den Vergleich als ein zulässiges, ja sogar als das richtigste Lösungsmittel des Streits[20]). Diese Einstellung verdient auch heute noch Beachtung. In jeder Mißachtung des Rechts, in jedem willkürlichen Unrecht liegt eine Verletzung der Rechtsordnung und eine Auflehnung gegen die Gemeinschaft. Diesen Bruch gilt es durch den Prozeß zu sühnen, und hier hat der einzelne zu kämpfen um die Wiederherstellung der Ordnung und damit um sein Recht. Deshalb kann die Gemeinschaft in solchen Fällen niemals über den Richter ihre Hand zu irgendwelchen Vermittlungsversuchen bieten. Bei weitem nicht immer handelt es sich indes um derartige Rechtsbrüche; oft gilt es nur, eine Unklarheit oder Ungewißheit in den gegenseitigen Rechtsbeziehungen zu beseitigen. Die Rechtsordnung verlangt auch hier eine Lösung. Doch können Wege und Mittel andere sein. Nicht Kampf, sondern Verständigung, nicht Streitentscheidung, sondern Streitschlichtung führen hier vielfach zu einer wahren Rechtsbefriedigung[21]). Und diese zu erreichen, ist eine der Hauptaufgaben des Prozesses. Die Entscheidung im alten Sinne vermag ein solches Ziel nicht immer zu gewährleisten. Wie müssen uns daran gewöhnen, von einem Prozeß nicht nur ein Urteil darüber zu erwarten, was gewesen ist, sondern auch darüber, wie es in Zukunft werden soll. Das gilt besonders dann, wenn eine unbedingt zuverlässige Feststellung des Vergangenen nicht mehr getroffen werden kann, weil z. B. die Beweisergebnisse keinen eindeutigen Schluß zulassen. In solchem Falle wird der Richter besser daran tun, zu gestalten anstatt zu richten. Es ist für die Gemeinschaft u. U. wertvoller, wenn der Richter den Parteien einen Weg zur weiteren Zusammenarbeit zeigt, als wenn er nach den Grundsätzen der Beweislast, die keineswegs immer zu den richtigsten Ergebnissen führen, entscheidet und damit vielleicht für immer das Band zwischen den Parteien zerschneidet. Diese wollen oft gar nicht ihren Gegner auf jeden Fall besiegen, sie suchen bei dem Richter nur Rat und Hilfe für ihre in Verwirrung geratenen Beziehungen. Und es befriedigt ein billiger Ausgleich das Gerechtigkeitsempfinden oft mehr, als eine Entscheidung, die je nach-

19) Vgl. a. a. O. S. IX.
20) Ders. a. a. O. S. 22/23.
21) Vgl. Volkmar, Handbuch, S. 1515 f., der betont, daß der Gedanke vom Kampf um das Recht und der Gütegedanke sich nicht beeinträchtigen, sondern nur auf zwei verschiedenen Ebenen liegen.

dem, ob der Beweis voll erbracht ist oder nicht, den Gegner verurteilt oder die Klage abweist. Eine derartige Einstellung verträgt sich auch durchaus mit der veränderten Stellung der Parteien im Prozeß. Diese haben sich dem Verlangen der Gemeinschaft nach baldiger Herstellung des Rechtsfriedens zu fügen und zur Erreichung dieses Zwecks Opfer zu bringen. So muß dem Vergleichsgedanken der gebührende Platz innerhalb der deutschen Prozeßordnung eingeräumt und von der Möglichkeit, im Wege des billigen Ausgleichs die Rechtsbefriedigung zu fördern, hinreichend Gebrauch gemacht werden.

Mit der Feststellung, daß der Vergleich gegenüber dem Urteil kein Notbehelf ist, sondern beide gleichwertig nebeneinanderstehen, erhebt sich die Frage, welche Stellung dem Richter in Zukunft auf dem Gebiet der Streitschlichtung beizulegen ist. Der Prozeß als eine Angelegenheit der Gemeinschaft fordert in jedem Stadium eine besondere Verantwortlichkeit des Richters. An ihm liegt es, dem Verfahren eine im Gemeininteresse liegende Richtung zu geben. Damit muß sich auch seine Stellung zum Vergleich ändern. Konnten bisher die Parteien den Streit durch einen Vergleich beenden, weil ihnen die prozessuale Verfügungsbefugnis zusteht, so hat nunmehr der Richter die Parteien zu vergleichen, weil es zugleich im Interesse der Rechtsbefriedigung liegt. Der Vergleich darf nicht mehr als eine reine Parteihandlung betrachtet werden, sondern ist der Initiative des Gerichts zu unterstellen. Der Richter hat keineswegs untätig abzuwarten, ob die Parteien von sich aus geneigt sind, sich zu vergleichen, sondern er ist verpflichtet, alle sich bietenden Gelegenheiten, einen gerechten Ausgleich schaffen zu können, von Amts wegen aufzugreifen. Er steht über den Parteien und ihren Interessen und ist deshalb berufen, durch eine vergleichsweise Regelung die Parteien auszusöhnen. Wird also der Richter zum eigentlichen Träger des Vergleichsgedankens erhoben, so fragt es sich, in welchen Fällen und mit welchen Mitteln er einen Vergleich herbeizuführen hat. Da an sich diese Dinge in keinem notwendigen Zusammenhang zum Thema stehen, erheben die folgenden Ausführungen keinen Anspruch auf eine erschöpfende Behandlung dieser schwierigen Fragen.

Es eignet sich bei weitem nicht jeder Rechtsfall dazu, vergleichsweise beigelegt zu werden. Für manche Prozesse verbietet sich einfach der Versuch, einen Vergleich zu stiften. Und zwar wird das im allgemeinen immer der Fall sein, wenn es gilt, reine Rechtsfragen zu entscheiden. Hier geht es darum, nicht irgendwelche Interessengegensätze abzuwägen, sondern festzustellen, was Recht und Unrecht ist. Es hat die Rechtsordnung ein erhebliches Interesse daran, daß eine ungelöste Rechtsfrage nicht weiterhin im Dunkeln

verbleibt. Ein Vergleich würde hier nicht selten einer Rechtsbeugung gleichkommen. Wird dem Richter ein bestimmter Tatbestand unterbreitet, der weniger nach der tatsächlichen als nach der rechtlichen Seite Schwierigkeiten bereitet, so darf er diesen Schwierigkeiten nicht aus dem Wege gehen. In der Regel wird deshalb hier eine klare Entscheidung verlangt werden müssen. Abgesehen davon handelt es sich in solchen Fällen vielfach um prinzipielle Fragen, die die Parteien nach der einen oder anderen Seite hin geklärt haben wollen, wo also eine vergleichsweise Regelung keinerlei Fortschritt bedeuten würde. Den Parteien kommt es oft weniger darauf an, wie entschieden als daß überhaupt entschieden wird.

Weiterhin ist ein Vergleich dann nicht angebracht, wenn der Rechtsstreit nach der tatsächlichen Seite geklärt ist und keine Beweisschwierigkeiten mehr vorhanden sind. Ist das Verfahren einmal soweit gediehen, daß nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme nach der einen oder anderen Seite hin entschieden werden kann, hieße es, das Recht des anderen beugen, wollte man jetzt noch einen gütlichen Ausgleich herbeiführen. Selbst wenn die Parteien in einem Verwandtschaftsverhältnis oder in sonst engeren Beziehungen zueinander stehen und ein Vergleich eine endgültige Versöhnung vielleicht eher erwarten läßt als ein Urteil, verdient das Richten gegenüber dem Schlichten immer den Vorzug, wenn eine klare Sachlage gegeben ist[22]). Denn dem Vergleich wohnt nun einmal das Moment des Ungewissen inne, das hier nicht vorliegt. In diesem Zusammenhang mag im Anschluß an die Bemerkungen zum Güteverfahren noch einmal auf den Zeitpunkt hingewiesen werden, in dem der Richter Vergleichsverhandlungen vorzunehmen hat. Im allgemeinen wird es tunlich sein, das Ergebnis der Beweisaufnahme abzuwarten, selbst wenn dadurch ein Mehr an Kosten entsteht[23]). Erst dann vermag der Richter einen gewissen Überblick über die Rechts- und Sachlage zu gewinnen. Seine Vergleichsvorschläge sind nicht mehr so sehr dem Gutdünken unterworfen, sondern getragen von einer größeren Sachkunde, die dafür garantiert, daß keiner Partei die Annahme eines unbilligen Vergleichsvorschlages zugemutet wird. — Schließlich kann es nicht die Aufgabe des Richters sein, die Parteien in solchen Fällen zu vergleichen, in denen das persönliche Ehrempfinden einer Partei angegriffen wird[24]). Es war schon darauf hingewiesen worden, daß Rechtskränkungen ohne weiteres hinzunehmen, eine nicht billigenswerte Schwäche bedeutet. Folglich darf der Richter sich nicht dazu hergeben, diese Schwäche durch Vergleichsvorschläge zu unter-

22) A. A. Levin a. a. O. S. 201 ff.
23) So Heller a. a. O. S. 935 ff.; eb. Levin a. a. O. S. 201 ff.
24) vgl. Heller a. a. O. S. 935 ff.

stützen. Welche Fälle hierher gehören, kann im einzelnen nicht aufgezählt werden. Nur beispielsweise soll auf die sich aus den §§ 123, 138, 463 Satz 2, 824, 826 BGB. ergebenden Angriffs- und Verteidigungsmittel hingewiesen werden.

Noch schwieriger als in negativer Beziehung läßt sich nach der positiven Seite bestimmen, welche Art Streitigkeiten sich besonders zum Vergleich eignen. Es fehlt hier nicht an Hinweisen[25]), die aber keinen Anspruch auf erschöpfende Auswahl aller in Frage kommenden Möglichkeiten erheben können und wollen. Der Weg, den Richter mittels gesetzlicher Vorschriften die Handlungsweise im einzelnen vorzuschreiben, wird nicht gangbar sein, weil letzten Endes die Zweckmäßigkeit eines Vergleichsschlusses von der jeweils besonderen Lage des Einzelfalles abhängt. Immerhin dürfte es sich aber empfehlen, allgemeine Richtlinien aufzustellen, damit einmal das Vergleichsstiften um jeden Preis vermieden wird und zum anderen die Verpflichtung des Richters, in bestimmten Fällen nach einem billigen Ausgleich zu suchen, durch das Gesetz den nötigen Nachdruck erhält. Daß grundsätzlich eine gesetzliche Regelung, wenn auch in weitem Rahmen, möglich ist, zeigen schon die entsprechenden Vorschriften der AGO., von denen zu Recht behauptet wird, daß sie von hohem sozialen Verständnis getragen und aus den praktischen Bedürfnissen des Prozesses entstanden sind[26]). Man kann dem nicht entgegenhalten, daß die Persönlichkeit des Richters eine genügende Garantie für eine geeignete Auswahl der sich zum Vergleich eignenden Fälle bietet. Die Vergangenheit lehrt, daß mancher auf Veranlassung des Gerichts zustandegekommene Vergleich eine billige Abwägung der Interessen vermissen läßt und nicht aus rein sachlichen Motiven vom Gericht befürwortet wird[27]). Gesetzliche Maßnahmen, die der freien Überzeugung des Richters genügenden Spielraum lassen und ihn doch zwingen, bei seiner streitschlichtenden Tätigkeit einen bestimmten Rahmen innezuhalten, können deshalb dem Vergleichswesen nur förderlich sein. Hat man sich erst einmal zu dem Standpunkt durchgerungen, daß dem Vergleich nicht mindere Bedeutung

25) Vgl. Heller und Levin a. a. O. S. 201.

26) Levin S. 204.

27) Zwar läßt sich diese Behauptung nicht statistisch beweisen, es würde aber eine Verkennung der Tatsachen bedeuten, wollte man den nicht immer aus sachlichen Gründen geübten Vergleichsdruck in der Praxis der Gerichte einfach übersehen. Vgl. Flügge a. a. O. Sp. 9: „In der Gegenwart (1931) ist die Situation derartig, daß des öfteren Gerichte ... bei Vergleichen weder an Objektivität noch an sorgfältiger Prüfung des Für und Wider dasjenige Maß von Gewissenhaftigkeit erkennen lassen, das im germanischen Europa den geistig und moralisch ungewöhnlich hohen Stand der Rechtspflege während der letzten Menschenalter begründete". Der im Jahre 1931 erhobene Vorwurf kann allerdings in dieser Schwere heute kaum noch aufrechterhalten werden.

zukommt als dem Urteil, wird man es um so verständlicher finden, wenn der Gesetzgeber hier richtunggebend eingreift. An welche Grundsätze und Verfahrensvorschriften der Richter im einzelnen zu binden ist, bedarf unter Verwertung der bisher gemachten praktischen Erfahrungen eingehender Untersuchung und übersteigt den hier gegebenen Rahmen. Der Sinn dieser Ausführungen liegt nur darin, die Bedeutung der streitschlichtenden Tätigkeit im Interesse einer allgemeinen Friedensbewahrung herauszustellen sowie auf die Notwendigkeit hinzuweisen, die Initiative mehr in die Hand des Richters zu legen und ihn so zum Helfer und Berater der Parteien zu machen. Die Erörterung kann nicht abgeschlossen werden, ohne auf den Fragenbereich einzugehen, ob und mit welchen Mitteln der Richter ausgestattet werden soll, um einen Vergleich bei den Parteien durchsetzen zu können. Es ist ja leider eine alltägliche Erscheinung, daß wohldurchdachte und im Interesse beider Parteien liegende Vergleichsvorschläge von diesen aus Engstirnigkeit, Rechthaberei oder einem gewissen Querulantentum abgelehnt werden. Die Folge davon ist ein weiteres Prozessieren nur um des Prozessierens willen. Derartige Erscheinungen kommen einem Mißbrauch der praktischen Rechtspflege und ihrer Einrichtung nahe, weil die Gerichte gezwungen sind, den eigennützigen Interessen der Parteien Rechnung zu tragen. Es fehlt deshalb nicht an Vorschlägen, wie hier Wandel zu schaffen ist. Die Frage hat recht eigentlich schon immer Wissenschaft und Praxis bewegt. So bestimmt z. B. der § 14 I, 11 AGO., daß derjenige, der einen Vergleich ablehnt, schließlich aber nicht mehr erhält, als ihm vergleichsweise angeboten wurde, die durch die fernere Verhandlung entstehenden Kosten zu tragen hat. Unter den gemeinrechtlichen Schriftstellern finden sich weiterhin Vorschläge, die Parteien zum Vergleich zu zwingen, wenn dieser derart billig und gerecht ist, daß seine Ablehnung Schikane bedeuten würde[28]), wobei sich natürlich sofort die Frage nach dem anzulegenden Maßstab erhebt. Insbesondere wird das Recht des sog. Durchgreifens vertreten. Der Richter soll hiernach in einigen Fällen, „wenn nämlich die Abwendung eines öffentlichen Ärgernisses oder das gemeine Wohl es erheischen oder der Gegenstand des Streits gar zu geringfügig ist“[29]), berechtigt sein, einen Zwangsvergleich zu schließen. Dieser Gedanke wird in neuester Zeit wieder aufgegriffen, und es mehren sich die Stimmen, die für eine ähnliche Regelung eintreten[30]). Im Interesse einer schnellen Friedenswiederherstellung

28) Vgl. v. Quirstanz in den rechtlichen Bemerkungen aus allen Teilen der Rechtsgelahrtheit II 1 c.

29) Vgl. Danz a. a. O. S. 275; hierzu auch Puchta a. a. O. S. 114 ff.

30) Ratz a. a. O. S. 49; Hubernagel a. a. O. S. 39; Buckeley a. a. O. S. 27; Lange a. a. O. S 296; Seydel a. a. O. S. 306. Zweifelhaft: Engelhardt a. a. O. S. 588; Münzel a. a. O. S. 858.

müsse, so folgert Seydel, die Gemeinschaft dem Richter das Vertrauen schenken, daß er z. B. bei verworrenen Rechtsstreitigkeiten, deren wirtschaftliche Bedeutung unwesentlich, in die keine Klarheit hineinzubringen und bei denen die persönliche Hartnäckigkeit ausschlaggebend ist, eine praktische und schnelle Regelung durch ein Vergleichsurteil schafft. Lange denkt bei der Anwendung des richterlichen Ausgleichsrechts ebenfalls an die Fälle, bei denen besondere Beweisschwierigkeiten auftreten, wo Aussage gegen Aussage und Glaubwürdigkeit gegen Glaubwürdigkeit steht. „Wo zwei Beteiligte gleich nahe am Rechte sind, dort widerstrebt es unserem Rechtsempfinden, nach äußeren Merkmalen auf alles oder nichts zu erkennen, dort fordert dieses vielmehr das Aufteilen des Streitgegenstandes, das Halbpartmachen". Es wird dann noch weiter ausgeführt, daß gerade eine derartige Aufteilung dem Gemeinschaftsdenken und der inneren Verbundenheit aller Rechtsgenossen Rechnung trägt und der einzelne um der Gemeinschaft, um des Rechtsfriedens willen Opfer zu bringen hat. Es ist nicht zu verkennen, daß der Ausgleichsgedanke auf gewichtigen Gründen beruht, allerdings mit der beabsichtigten Auflockerung der starren Beweislastregelung eines der schwierigsten Probleme des Prozeßrechts angreift. Die Prozeßreform wird an ihm nicht ohne weiteres vorübergehen können. Aber es wird damit die Einführung eines Instituts gefordert, das mit dem Vergleich nicht in unmittelbaren Zusammenhang steht, weil es seinem eigentlichen Wesen fremd ist. Von einem Vergleich kann begrifflich nur dann die Rede sein, wenn der Grundsatz der Freiwilligkeit gewahrt bleibt. Ergeht ein Ausgleichsurteil in der eben angedeuteten Form, so handelt es sich um eine Entscheidung des Gerichts, die in ihrer Wirkung und in ihrer Bedeutung einem gewöhnlichen Urteil gleich steht. Der einzige Unterschied besteht darin, daß entschieden wird, nicht weil etwas erwiesen ist, sondern ungeachtet dessen, daß der an sich notwendige Beweis nicht erbracht ist[31]). Man veranlaßt oder zwingt die Parteien damit nicht zu einem Vergleich, sondern entscheidet nach billigem Ermessen. Es ist eine Richterhandlung wie jede andere auch, die nicht der Mitwirkung oder der Unterstützung der Parteien bedarf. Das Wesen des Vergleichs fordert aber gerade eine mitwirkende Parteihandlung, wobei man sich heute auf den Akt der Zustimmung wird beschränken können. Ohne diese ist ein Vergleich gar nicht denkbar. Er soll in erster Linie eine möglichst schnelle Rechtsbefriedigung gewährleisten. Diese kann am besten erreicht werden, wen die richterliche Handlung sich nicht in Widerspruch zu dem Parteiverhalten setzt, im anderen Fall liegt eben eine urteilsmäßige Handlung und nicht ein Vergleich vor.

31) Vgl. Puchta Grenzen, S. 114.

Ob die Einführung eines solchen Ausgleichs- oder Schiedsurteils im Interesse der künftigen Rechtspflege liegt, ist ein von der Behandlung des Vergleichs verschiedenes Problem und kann deshalb hier außer Acht gelassen werden.

Eine andere Frage ist die, ob man nicht entsprechend der Regelung der AGO. die vergleichsunwillige Partei mit den Mehrkosten des Prozesses belasten will, wenn später im Urteil ihr nicht mehr zugesprochen wird, als ihr im Vergleich angeboten war? Zweifellos würde das eine erhebliche Verstärkung der Richterstellung bedeuten. Doch man hat sich zu überlegen, ob dieser Vorteil nicht zu teuer erkauft wird und auf Kosten der Parteien geht? In einigen Fällen mag eine solche Regelung durchaus angebracht erscheinen. Man denke z. B. an die sog. Punktensachen, wo bei nicht allzu hohen Objekten unzählige Forderungen gegeneinander gestellt werden. Wird von den Parteien ein gütlicher Ausgleich abgelehnt, so schließen sich vielfach längere Beweisaufnahmen an, die das Verfahren verteuern, oder es wird noch der Instanzenzug beschritten. Endigt dann ein solcher Prozeß, wie es meistens der Fall ist, damit, daß jeder Partei ein Teil zugesprochen wird, so wird im Ergebnis der beiderseitige Gewinn durch die für beide Teile entstandenen Kosten vollkommen aufgezehrt, und jede Partei geht letzten Endes leer aus. Es wäre deshalb vielleicht begrüßenswert, wenn man der nicht vergleichsbereiten Partei die später entstehenden Kosten auferlegen könnte, um der anderen den zukommenden Anteil zu retten. Doch darf man bei der Entscheidung einer derartigen Frage niemals einen Einzelfall oder auch nur eine bestimmte Kategorie von Fällen zum Anlaß einer allgemeinen Regelung nehmen. Die Aussicht, die Mehrkosten tragen zu müssen, übt auf die Parteien einen gewissen Zwang aus. Und allzusehr liegt die Gefahr nahe, daß von weniger einsichtsvollen Richtern, mit denen jedes Prozeßgesetz zu rechnen hat, diese Möglichkeit dazu ausgenutzt wird, um die Parteien vergleichsmürbe zu machen. Ein wirklich billiger und befriedigender Vergleich kann nur auf dem Boden der freien Entschließung der Parteien wachsen. Diese erscheint nicht mehr gewährleistet, sobald der Partei die ev. nachteilige Kostenfolge vorgehalten werden kann. Ein auf solche Weise sich unter Umständen an deutschen Gerichten bemerkbar machender Vergleichsdruck würde den Stand der Rechtspflege ungeheuer schädigen und muß auf jeden Fall vermieden werden, soll nicht das Vertrauen des Volkes zu seinen Richtern untergraben werden. Demgegenüber hat die Tatsache, daß an der Hartnäckigkeit und dem Unverstand manch billigenswerter Vergleich scheitert, als das kleinere Übel zu gelten und muß in Kauf genommen werden. Die wesentlichste Folgerung auf dem Gebiete der Streitschlichtung bleibt deshalb die, daß die

Initiative des Richters gestärkt und die Notwendigkeit der Vermittlung in bestimmten Fällen gesetzlich festgelegt wird. Damit dürfte der Bedeutung des Gerichts als einer Friedensinstitution genügend Rechnung getragen sein.

V. Schlußbetrachtung:

Am Ende der Untersuchung rechtfertigt sich ein rückschauender und zusammenfassender Überblick auf die gewonnenen Ergebnisse. Ausgangspunkt war die Feststellung, daß der Prozeß keine Einzelerscheinung sein kann, der in der Durchsetzung von privaten Interessen seine Erfüllung findet. Wie jede andere staatliche Einrichtung hat er sich in den Dienst der Gemeinschaft zu stellen, und sein Wert bemißt sich nach dem Grad der Tauglichkeit, mit der er dieser zu dienen vermag. Seine Gemeinschaftsgebundenheit verlangt von ihm die Erfüllung zweier großer Aufgaben: Er hat einmal Hüter der völkischen Rechtsordnung zu sein **und** daneben jeweils für eine baldige Rechtsbefriedung Sorge zu tragen. Diesen Verpflichtungen kann nur ein Verfahren gerecht werden, daß sich die Erforschung der Wahrheit und die möglichste Beschleunigung des Rechtsganges sehr angelegen sein läßt und eine glückliche, von Zweckmäßigkeitsgedanken getragene Verbindung beider Ziele anstrebt. Dazu bedarf es einer Wandlung des Verhältnisses von Richter zu Parteien. Zur Erfüllung der gemeinschaftsgebundenen Aufgaben des Prozesses ist in erster Linie der Richter berufen. Er allein ist der Gemeinschaft für den Gang und den Ausgang des Verfahrens im wesentlichen verantwortlich. Dieser größeren Verantwortung entspricht eine Stärkung seiner Autorität und seiner Machtbefugnisse. Damit wird das Recht der Parteien, auf den Inhalt und den Gang des Verfahrens im bestimmten Umfange, einzuwirken, nicht gänzlich ausgeschaltet. Die Parteien sind aber verpflichtet, ihre persönlichen Interessen zurückzustellen und ihre Kräfte, auf die nicht verzichtet werden kann und soll, zur Mitarbeit an der Erzielung einer ebenso gerechten wie schnellen Entscheidung zur Verfügung zu stellen. Der Dualismus von Richter und Parteien hat aufzugehen in der Erfüllung der gemeinschaftlichen Aufgaben. Unter autoritärer Leitung des Richters haben sich beide zu verständnisvoller Zusammenarbeit zusammenzufinden, wobei dieser darauf bedacht zu sein hat, nicht nur für die Vergangenheit zu richten, sondern auch für die Zukunft zu gestalten.

Des Verhandlungsgrundsatzes bedarf es in Zukunft nicht mehr. Diese Prozeßmaxime ist bisher jeder freien Rechts-

entwicklung hinderlich gewesen und verdankt letzten Endes ihre Entstehung der liberalistischen Tendenz, die Rechte der Parteien gegenüber den richterlichen Befugnissen nach dem Prinzip der Gewaltenteilung zu verankern und eine Ausdehnung der letzteren auf jeden Fall zu verhindern. Ein Aufgeben der Maxime als solcher bedeutet keine absolute Beseitigung der sich aus ihr ergebenden rechtlichen Folgerungen. Doch hat eine wesentliche Auflockerung auf diesem Gebiete einzutreten. Die strenge Bindung des Richters an das Parteivorbringen kann nicht mehr gutgeheißen werden. Vor allem hat der Richter an der Erforschung der Wahrheit tatkräftigen Anteil zu nehmen, durch eingehende persönliche Befragung der Parteien diese in ihrer Vortragslast zu unterstützen und auf der anderen Seite gegen die Unwahrheit anzukämpfen. Hinsichtlich der Feststellung des Tatbestandes bleibt er an die Geständnisfolgen gebunden, ist aber in der Benutzung der prozessualen Wahrheitserforschungsmittel von den letzten Schranken zu befreien.

Der Verfügungsgrundsatz ist beizubehalten, solange die Rechtsordnung den einzelnen ein Gebiet überläßt, auf dem sie sich rechtlich frei betätigen können. Allerdings ist die prozessuale Verfügungsbefugnis von der materiellen abhängig und kann von hier aus jeder Zeit eingeschränkt werden. Die Entscheidung über den Beginn des Verfahrens bleibt im allgemeinen den Parteien überlassen, doch kann der Staat auch hier selbst die Initiative ergreifen. Für den Umfang der richterlichen Prüfung muß unter Auflockerung des bisherigen Anspruchdenkens dem Richter ein größerer Spielraum durch geeignete Aufklärungstätigkeit eingeräumt werden. Die Wirkungen des Klaganerkenntnisses und des Klagverzichts sind regelmäßig beizubehalten, während die Zulässigkeit der Klagrücknahme nach Beginn der mündlichen Verhandlung von der Einwilligung des Gerichts abhängig zu machen ist. Auf dem Gebiete des Vergleichs ist die Verpflichtung des Richters, in gewissen Fällen einen gütlichen Ausgleich anzustreben, durch Aufstellung geeigneter gesetzlicher Richtlinien besonders zu betonen.

Die Ausführungen sollen mit der Feststellung geschlossen werden, daß sie selbstverständlich keinen Anspruch darauf erheben, die allein mögliche und vollständige Lösung auf dem Gebiete der Abgrenzung von Richter- und Parteimacht für ein künftiges Verfahrensrecht gefunden zu haben. Der Zweck der Arbeit ist erreicht, wenn sie für die kommenden Untersuchungen zur Prozeßreform zu den hier behandelten Fragen Anregungen zu geben vermag.

Lebenslauf.

Am 20. April 1910 wurde ich als Sohn des Kaufmanns Willy Schmidt und seiner Ehefrau Frieda, geb. Schatz zu Hannover geboren. Ich gehöre der evangelisch-lutherischen Kirche an. Im Jahre 1929 legte ich am humanistischen Wilhelmgymnasium in Braunschweig meine Reifeprüfung ab und wandte mich darauf dem Studium der Rechtswissenschaften zu. Meine Studiensemester verbrachte ich an der Universität Bonn mit Ausnahme eines Semesters, in dem ich die Universität in Berlin besuchte. Kurz nach der erfolgreich bestandenen großen Staatsprüfung erfolgte am 26. Februar 1938 die mündliche Promotionsprüfung.

Bei der Anfertigung der Arbeit stand mir mein früherer Lehrer, Herr Professor Dr. Dölle, hilfreich zur Seite. Es ist mir deshalb ein Bedürfnis, ihm an dieser Stelle für seine Anleitung danken zu dürfen.